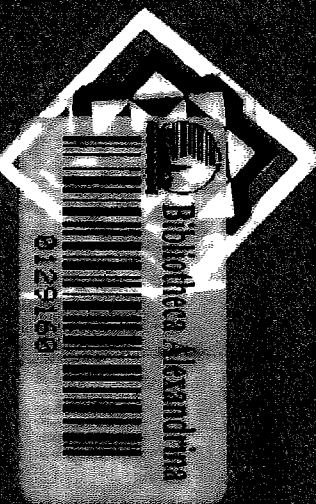
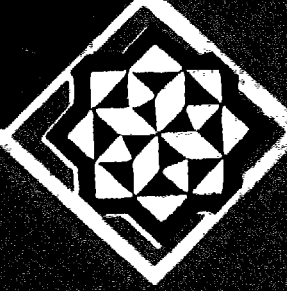
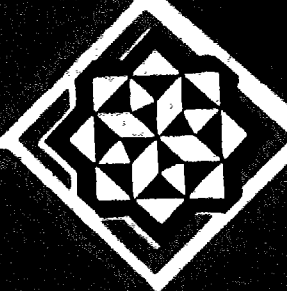


الفقه المقلد



الفقه والمقارن

● المدخل إلى الفقه المقارن

● بحوث فقهية للدراسة المقارنة

تأليف:

حسن أحمد الخطيب



(المجموعة المنشورة باسم مكتبة)

١٩٩١

الإخراج الفني : عزيزة أبو العلا

تصميم الغلاف : درية محمد علي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

فى بيان كمال الشريعة ووفائها بحاجات الأمم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسول الله
محمد خير الخلق أجمعين ، ونصلى ونسلم على سائر الأنبياء
 والمرسلين .

أما بعد فإن من أجل نعم الله على عباده أنه لم يتركهم
سدى ولم يكلهم الى أنفسهم فى تعرف الحق من الباطل
وتبين الهدى من الضلال ، فبعث اليهم رسوله مبشرين
ومنذرين ، ومعلمين وهادين ، وأوحى اليهم أحكامه
وشرائعه : وختم رسالاته وشرائعه برسالة الاسلام وشريعته
التي بعث بها محمدا خاتم الأنبياء والمرسلين - حينما نضج
العقل الانسانى واكتمل تطوره ، واستعد لبلوغ أقصى
كمالاته ، فكانت لذلك أمثل الشرائع وأكملها - وأوفاه
بحاجات الأمم فى كل زمان ومكان - وقد وردت أحكامها
وما فيها من مبادئ ومقاصد وقواعد كلية بحيث تصلح
لكل أمة ولكل عصر من العصور .

ولكن كيف يتسنى قبول هذا بالنسبة للشريعة الاسلامية ،
والمشاهد الذى لا ينكر ، ولا يجحد أقوى دليل على أن كل أمة
من الأمم تحتاج بين الحين والحين الى تعديل قوانينها وتغيير
شرائعها - تبعاً لتغير أحوالها واختلاف عصورها وما تقتضيه
حالاتها الاجتماعية والاقتصادية والخلقية والسياسية
وما يستلزمه العرف والعادات من التبديل والتغيير والتعديل ،
ومن اقامة قانون ونسخ آخر *

وإذا كان هذا مشاهداً فى الأمة الواحدة فكيف يعقل سن
قانون واحد لجميع الأمم * وهى أشد اختلافاً وأكثر اقتضاء
لاختلاف قوانينها وأحكامها - تبعاً لتغير واختلاف البيئات
والعرف والعادات والأحوال والحاجات فى كل منها ؟

وجوابنا عن ذلك أن الشريعة الاسلامية بكتايبها الخالد :
القرآن الكريم ، وبما صح من سنة رسوله الكريم - كفل
لها العموم والشمول ، والبقاء والخلود - وذلك لأنها قامت
على أمرين هامين ، وركنين عظيمين *

الأول : أن ما عرضت له من أحكام تفصيلية أو جزئية
فى كتاب الله وسنة رسوله - ليس من شأنه أن يتبدل أو
يتغير ، وذلك لصلاحيته لكل زمن وأمة - فأحكامها القطعية
فى العبادات والزواج والطلاق والغدة والموايىث واحلال
البيع وتحريم الربا ، والحدود ، وكتابة الدين المؤجل ،
والرهن ، ومشروعية المضاربة ، وثبوت حق الشفعة وأمثالها
- كل ذلك ليس يحسن أو يصلح فى خال دون أخرى ، بل هو
صالح فى جميع الأحوال ، ولكل الجماعات *

الثانى : أن ما لم يعرض له كتاب الله ولا سنة رسوله
صلى الله عليه وسلم من أحكام تفصيلية جزئية - قد عرضنا
له بمبادئ وقواعد كلية لا تختلف باختلاف الزمان والمكان ،
وقد ترك استنباط تشريعه التفصيلى ، ووضع أحكامه

الجزئية الفرعية لمجتهدى هذه الأمة الذين توافرت فيهم شروط الاجتهاد ، والذين لا يجوز شرعا خلو أى عصر من العصور منهم على ما عليه كثير من العلماء والمحققين - ومثل هذا ما ورد من النصوص الشرعية المحتملة للاجتهاد لأنها غير قطعية الدلالة ، فان هذه تعتبر أيضا مجالا فسيحا لاجتهاد الأئمة والعلماء ..

وهذا النوع من الأحكام لا يضير فيه الاختلاف ولا التبديل والتغيير ولا التعديل - كلما اقتضت الأحوال ذلك ما دامت هذه الأحكام لا تعارض نصا قطعيا ، ولا تخالف ما هو معلوم من الدين بالضرورة ، ولا تخالف اجماعا شرعيا معلوما - ومن المقرر ان هؤلاء المجتهدين فى استنباطهم للأحكام يراعون القواعد الشرعية ، ومبادئ العدالة والمساواة واليسر ورفع الحرج ، وتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم ، ويضعون نصب أعينهم العلل والحكم والأسرار التى اعتبرها الشارع فى تشريعه التفصيلي ، كما يراعون فى اجتهادهم الأصول والأدلة التى اعتبرها الشرع منابعا لاستقراء الأحكام منها .

وقد دل على مشروعية الاجتهاد وكونه دعامة من دعائم التشريع الاسلامى حديث معاذ بن جبل - قال له الرسول - ضلوات الله وسلامه عليه : « كيف تصنع اذا عرض لك قضاء ؟ » قال « أقضى بما فى كتاب الله » قال : فان لم يكن فى كتاب الله ؟ قال فيسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فان لم يكن فى سنة رسول الله ؟ قال : إجتهد رأيي لا آلو . قال معاذ : ف ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدرى ، ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضاه رسول الله » .

فهذا الاجتهاد بالرأى - وهو يشمل القياس ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والاستصحاب ، وسد الذرائع والعرف المعبر شرعا ، ومراعاة قواعد الشرع الكلية الخ - لاثبات الأحكام فيما لم ينص عليه ، أو فى

النصوص المحتملة للاجتهاد ، وذلك بالاعتماد على ما عرف من أصول الشريعة وقواعدها العامة ، وبالاستناد الى علل أحكامها وأسرارها التشريعية - هذا الاجتهاد المشروع يكفل وفاء هذه الشريعة بحاجات الأمم ، وصلاحياتها لكل أمه وزمان .

ولسماحة هذه الشريعة ومرونتها وتقبلها لكل ما يحقق مصالح الناس ، ويدفع الضرر عنهم ، ، ولقيامها على أساس من اجتهاد الأئمة والعلماء الذين تتوافر فيهم شروط الاجتهاد - فيما يسوغ فيه الاجتهاد شرعا - وجد في تلك الشريعة اختلاف بين الأئمة والعلماء فيما استنبطوه من أحكام ، وذلك منذ عصر الصحابة الى عصر الأئمة الأربعة المجتهدين : أبى حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل ، ومن بعدهم من كل من رأى نفسه أهلا للاجتهاد من الفقهاء والعلماء فكان حقا علينا - بإزاء ذلك الخلاف أن ندرس آراءهم ونبحث عن أدلتهم ، ونوازن بينها ، ونعرف المسالك التي أدت اليها ، وننهض يعجب الاختيار والترجيح بينها ، وهذا ما يسمى : الفقه المقارن ، أو المقارنة بين المذاهب .

ومن تمام هذا العلم واستيفاء مباحثه الموازنة بين أحكام الفقه الاسلامي ومذاهبه ، وما ورد فيه من أدلة وقواعد ، وأصول ومبادئ ، وبين ما ورد من نظائرها في الشرائع الوضعية والقوانين التي شرعها الانسان في مختلف الأمم - غير أن العوائق في سبيل النهوض بذلك جمة ، وفي صدرها أنه لم تؤخذ العدة من قبيل لتخريج أساطين من أهل العلم والقانون قد استمكنوا من ناصيتي القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية ، ومنها أن الزمن المحدود لهذه المادة والمنهاج المقسوم لها لا يهيئان السبيل الى الاضطلاع بهذه المقارنة .

المدخل الى الفقه المقارن

لما كانت دراسة الفقه المقارن لا تخرج - في جملتها - وتفصيلها - عن دراسة خاصة لأحكام الفقه الاسلامي كلها أو بعضها على حسب الآراء والمذاهب المختلفة ، ومع دراسة منشأ الاختلاف ، ومناقشة الأدلة والموازنة بينها للاختيار والترجيح - لما كانت دراسة الفقه المقارن لا تخرج عن ذلك اقتضى الأمر - قبل أن ندخل في موضوعاته وبحوثه - ، وبعد أن بحثنا - في المقدمة - كمال الشريعة ، ووفاءها بحاجات الأمم - أن نبعث الأمور الآتية وهي :

- ١ - تقسيم القوانين والشرائع بصفة عامة .
- ٢ - بيان اجمالي عن أصول الشريعة وفروعها .
- ٣ - أسباب اختلاف العلماء في الأحكام الشرعية .
- ٤ - الفقه الاسلامي : كتبه ومؤلفاته - واجبنا نحوه .
- ٥ - حكم الاجتهاد والتقليد - ذم العلماء التقليد .
- ٦ - أصول القوانين ، ومصادرها في العصر الحديث .
- ٧ - التشريع الاسلامي والقانون المقارن .
- ٨ - تعريف الفقه المقارن ، وبيان موضوعه ومباحثه واستمداده ، وفائده وثمرته ، ثم بيان المراجع العلمية التي تعين على دراسته .

١ - تقسيم القوانين والشرائع

يراد بالشرائع والقوانين : ما يسن ويوضع لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض ، وذلك بوضع أحكام وحدود يقفون عندها . ولا يتجاوزونها . والغرض من ذلك المحافظة

على الحقوق ، وكفالة الأمن والعلمانية ، ودفع الأذى والظلم والاعتداء .

تلك الشرائع والقوانين تنقسم - بصفة عامة - قسمين :
شرائع وضعية - قام بسننها وتشريعها الانسان .
وشرائع الهية ، أوحاها الله - سبحانه - الى أنبيائه ، لتحقيق مصالح العباد فى معاشهم ومعادهم .

وهذه الشرائع الالهية هى التى نزلت بها الكتب السماوية : كالتى وردت فى شريعة نوح ، وفى صحف ابراهيم ، وفى التوراة وفى الانجيل - غير أن هذه الشرائع السماوية لم تكن عامة ، بل كانت مقصورة على الأمة التى بعث فيها النبى ، كما كانت موقوتة بنزول شريعة سماوية أخرى تنسخها كلها أو بعضها ، وكذلك الشأن فى القوانين والشرائع الوضعية .

كان الأمر كذلك حتى جاء الاسلام وقد نضج العقل الانسانى ، وجرى على الأمم ما قدر لها من التطور البشرى ، واستعدت النفس الانسانية لبلوغ رشدتها وكمالها - فجاءت شريعته خاتمة الشرائع الالهية ، كما نخطب بها الأمم والبشر كافة ، ومصدقي هذا قول الله - جل شأنه : « قل يا أيها الناس انى رسول الله اليكم جميعا » ، وقوله : « يا أيها الناس قد جاءكم برهان من ربكم ، وأنزلنا اليكم نورا مبينا » .

ومن ثم جاءت هذه الشريعة ، وفيها كل عناصر الكمال والبقاء ، والعموم والشمول ، وردت أحكامها ، وما فيها من مبادئ ومقاصد ، وقواعد كلية بحيث تصلح لكل أمة ، ولكل عصر من العصور . وكان من محاسنها ومن إلهامها علينا بها أنها شريعة العقل ودين الفطرة التى فطر الله الناس عليها ، وقد بينا ذلك فى مقدمة الكتاب - من قبل - وامتنازت هذه الشريعة عن الشرائع الوضعية بميزات كثيرة : أهمها اجمالا : أن مشرعها هو الله - سبحانه - الحكيم العليم بمصالح

عباده ، وأن أحكامها القطعية ، ومبادئها ومثلها العليا ، وقضاياها الكلية غير قابلة للنسخ أو التغيير بحال ، وأنها مؤسسة على الاخلاق والفضائل ، وانها تعتمد على المقاصد والنيات ، وأنها لم تقتصر على صلاح الدين أو الدنيا ، بل جاءت لتحقيق صلاح الدين والدنيا معا ، ولتحقيق الفوز والسعادة في الدنيا والآخرة ، وأن الاجتهاد - فيما يسوغ فيه الاجتهاد شرعا - من دعائها ، وهو كفيل بمسايرتها لكل تطور ، ووفائها بحاجات الأمم في كل عصر .

٢ - تعريف بأصول الشريعة وفروعها

الفقه الاسلامي - أو الشريعة الاسلامية (١) - لها أصول وفروع ، ينبغي أن نلم بها المأما يسيرا ، ونذكرها ذكرا موجزا - تمهيدا وتوطئة لدراسة الفقه المقارن :

أصول الشريعة :

للفقه الاسلامي أو للشريعة الاسلامية أصول انبثقت منها ، وأعانت المجتهدين على استنباط فروعها وأحكامها الجزئية ، وقواعد ضبطت كثيرا من فروعها ، وأشارت الى حكمة تشريعها ، والى المقاصد من وضعها .

وهي كما قال الامام القرافي في كتابه القيم المشهور بالفروق - قسمان : أحدهما قواعد كلية فقهية جلية مشتملة على أسرار الشريعة وحكمه ، بها تضبط الفروع ، وتعرف أحكامها ، وتدرك مقاصد الشريعة - ومن أمثلتها هذه القواعد :

(١) نريد بالشريعة هنا معنى اصطلاحيا خاصا - هو الذي يعبر عنه بالفقه الاسلامي - والا فالشريعة ذكرت في غير موضع مقصودا بها : ما شرع الله لعباده من الدين أي سنته لهم - فتشمل الأحكام الاعتقادية والخلقية والأحكام العملية التي تتعلق بما يصدر عن المكلفين أو العباد من أقوال وأفعال وعقود - وتصرفات .

١ - الضرورات تبيح المحظورات •

٢ - ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها •

٣ - درء المفسد مقدم على جلب المصالح •

٤ - المشقة تجلب التيسير •

٥ - العادة محكمة •

٦ - الحكم يتبع المصلحة الراجحة •

ولأهميتها - أفردنا بعض الفقهاء بالتأليف ، ومن أشهر وأنفع ما ألف فيها كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ، وكتاب الفروق للقرافى المالكى • وبهذه القواعد يعرف كمال هذه الشريعة ، ويدرك كثير من مقاصدها •

والقسم الثانى من الأصول هو المسمى : أصول الفقه ، ولها علم خاص بها عرف « بعلم أصول الفقه » وقد ألفت فيه الكتب الجمة الكثيرة قديما وحديثا ، ومن أشهرها : أصول الأحكام للآمدى ، والمستصفى للغزالى ، والتوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ، وكتاب الموافقات للشاطبى ، وارشاد الفحول للشوكانى ، ومن أحدث ما ألف فيه : كتاب تسهيل الوصول الى علم الأصول للشيخ المحلاوى ، وأصول الفقه للشيخ الخضرى وعلم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف •

ويراد - بعلم أصول الفقه - القواعد والبحوث التى يتوصل بها الى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية ، وهى قواعد كثيرة : بعضها يرجع الى المباحث اللغوية ، وبعضها يرجع الى أنواع الأدلة الشرعية التى تستقى منها الأحكام ، وما يعرض لها وشروط اعتبارها حجة ، وطرق الاستدلال بها ، وطريقة استثمار الأحكام منها - مثل القواعد والبحوث الآتية :

١ - القياس حجة من الحجج الشرعية التى تستنبط بها

الأحكام العملية متى استوفى شروط اغتسابه ، وهو في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع .

٢ - الاجماع اذا تحقق وعلم واستوفى أركانه - حجة قطعية عند جمهور العلماء ، ومعنى كونه حجة قطعية أنه يصير المسألة المجتهد فيها قطعية الحكم ، فلا تصلح بعد ذلك ان تكون محلا للنزاع .

٣ - السنة المتواترة تفيد العلم ، وتوجب العمل بها ، وخبر الواحد ظني الورد ولكن مع ذلك يجب اتباعه والعمل به اذا استوفى شروط قبوله .

٤ - العام حجة قطعية عند كثير من علماء الأصول ، فيفيد شمول الحكم لجميع أفراد قطعا الا اذا قام دليل على التخصيص .

٥ - العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

٦ - دلالة النص أو الفحوى معتبرة في فهم الأحكام من النصوص .

٧ - صيغة الأمر تقتضى الإيجاب على الراجح من آراء العلماء - ما لم توجد قرينة تصرفها عن الوجوب .

فهذه القواعد وأمثالها يتوصل بها الى استفادة الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية .

ولهذا العلم ثمرته وفائده بالنسبة للمجتهدين وهو يتمكن من استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية ، ويتبع ذلك العلم بهذه الأحكام ، واذا قرن العلم بالعمل كانت السعادة للمعم في الدنيا والآخرة . أما غير المجتهدين من العلماء فان هذا العلم يمكنهم من معرفة ما أخذ المجتهدون ومداركهم ، وكيف استنبطوا الأحكام التي وصلوا اليها - كما يستطيعون به الموازنة بين آرائهم وأدلتهم ، وترجيح بعضها على بعض .

ومن ثم كان الفقيه في حاجة الى هذا العلم في بحثه وتحليله ومقابلته بين المذاهب والآراء الفقهية ، كذلك المفتي لا يستغنى عنه في توضيح رأيه وتأييده وترجيح فتواه بما يسوقه من القواعد الأصولية أو الحجج الشرعية ، ووضح بذلك أن أصول الشريعة بقسميها عماد الفقه المقارن .

فروع الشريعة :

يراد - هنا - بفروع الشريعة : الأحكام الشرعية التي استمدت من الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، وكذا سائر الأدلة التي اعتبرها أئمة الشرع مصدرا لاستقواء الأحكام الشرعية منها ، وهي الأحكام الشرعية الفرعية التي تبحث في علم خاص بها يسمى : علم الفقه .

وقد جاء في الجزء الأول من الدر المختار وحاشيته رد المحتار (١) - أن الفقه معناه - لغة - العلم بالشيء والفهم ، ثم خص بعلم الشريعة - واصطلاحا له معنيان :

أحدهما عند الأصوليين ، والآخر عند الفقهاء :

فهو - عند الأصوليين - العلم بالأحكام الشرعية الفرعية ، المكتسب من أدلتها التفصيلية : فالفقه في الأصول : علم الأحكام من دلائلها ، فليس الفقيه الا المجتهد عندهم . أما - عند الفقهاء - فهو حفظ الفروع مطلقا ، سواء أكانت بدلائلها أم لا . وحينئذ فالفقه عندهم : حفظ الفروع والعلم بالأحكام الشرعية الفرعية التي توجب بها أفعال العباد والمكلفين من الوجوب والعيب والإباحة والحرمة ، والكراهة .

وقيل في تعريفه أيضا : انه مجموعة الأحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية ، كما قيل : انه معرفة النفس ما لها وما عليها من الحقوق والواجبات والأحكام .

(١) كتاب في فقه الحنفية للعلامة ابن عابدين .

وعلى هذا فموضوع علم الفقه : فعل الانسان من حيث ثبوت الأحكام الشرعية : كأن تقول : صلاة هذا الشخص صحيحة لأنها قد استوفت أركانها وشروطها ، وصلاة هذا باطلة لأنها فقدت ركنا من أركانها أو شرطا من شروط صحتها . ويبيع فلان حرام لأن فيه ربا ، ويبيع هذا حلال صحيح لأنه خلا مما يوجب حرمة وفساده . وهكذا .

ومن تعريف علم الفقه يعلم أن ثمرته وفائده معرفة الأحكام الشرعية ، وحمل النفس على التزامها ومراعاتها والعمل بها ، وذلك لاصلاح أحوال الناس في معاشهم ومعادهم .

أما بحوث هذا العلم — فهي تلك الأقسام والأبواب والأحكام التي تراها مبسطة ، مدونة في كتب الفقه الاسلامي المؤلفة في مختلف المذاهب — لأئمة الشرع المجتهدين ، ومن تبعهم من العلماء والفقهاء — كالذي تجده في أبواب الفقه المختلفة : من بيع واجارة ، ورهن ، وشركة ، ومضاربة ، وشفعة ، وحوالة ، وكفالة ، وزواج وطلاق ، ووقف ، ووصية ، وميراث ، وهبة ، ودعوى ، وشهادة ، وقضاء ، وجنايات ، وحدود ، وعبادات : من صلاة ، وصوم ، وزكاة ، وحج ، ونذر ، ويمين ، وجهاد .

ويجمعها في جملتها ثلاثة أنواع :

الأول : العبادات . وقد قال العلامة ابن عابدين في الجزء الأول من كتابه رد المختار : إنها خمس : الصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج ، والجهاد .

الثاني : المعاملات ، وهي في رأيه خمسة أنواع : المعاوضات المالية ، والمناكحات ، والمخاصصات ، والأمانات ، والتركات .

الثالث : العقوبات ، وهي القصاص ، وحد السرقة ،

والزنا ، والقذف ، وجزاء المحاربة وقطع الطريق ، والردة -
ويلحق بالعقوبات التعزير - وهو باب واسع في الشريعة
الاسلامية ، اذ هو عقوبة غير مقسدة من الشارع ، ويجب
بارتكاب كل معصية لم يرد بشأنها حد مقدر -

أما في تفصيلها فانها ترجع الى ثمانية أنواع :

النوع الأول : مجموعة من الأحكام تسمى العبادات : من
صلاة ، وصوم ، وزكاة ، وحج ، وجهاد لاعلاء كلمة الله
تعالى ، وتنفيذ مشروغ - وهي التي شرعت لتنظيم علاقة
الانسان بخالقه ، وبها يمتحن صدق ايمانه ، كما أنها سبيل
الى تهذيب النفوس ، وتطهير القلوب ، ومما يعين على اصلاح
الفرد والمجتمع -

الثاني : مجموعة أخرى من الأحكام تتصل بالأمر
من بدء تكوينها ، وتعلق بالانسان من حين ولادته الى حين
وفاته وتقسيم تركته بين ورثته - وهي المعروفة في
الاصطلاح الحديث بالأحوال الشخصية : كالزواج ،
والطلاق ، والنفقات ، والحجر ، والولاية ، والوصية ،
والمواريث - وهي داخلة في قسم المعاملات ، عند الفقهاء -
الثالث : أحكام المعاملات المدنية - وهي التي يقصد
بها تنظيم علاقات الأفراد المالية ، وما يتعلق بمعاملاتهم
ومبادلاتهم من عقود وتصرفات : كأحكام البيع والاجارة ،
والمداينة ، والرهن ، والشفعة ، والحوالة ، والكفالة ،
والمضاربة ، والوفاء بالعقود ، وأداء الأمانات -

الرابع : أحكام مالية واقتصادية ، ويقصد بها
تنظيم العلاقات المالية بين الدولة والأفراد ، وبين الأغنياء
والفقراء ، وهي التي تتعلق بتنظيم بيت مال المسلمين ، وبيان
موارده ، وأنواع المال الذي يوضع فيه ، وبيان الجهات التي
ينفق فيها كل نوع -

الخامس : مجموعة من الأحكام تسمى العقوبات - وهي التي شرعت لحفظ حياة الناس ، ودينهم ، وأعراضهم ، وعقولهم ، وأموالهم : كأحكام القصاص والحدود ، والتفزيّرات .

النوع السادس : أحكام المرافعات ، التي شرعت بشأن الدعاوى ، وطرق اثباتها ، والقضاء - ويقصد بها تنظيم الإجراءات لتحقيق العدل بين الناس ، وتعبيد السبيل اليه .

النوع السابع : مجموعة من الأحكام شبيهة بما يعرف الآن بالأحكام الدستورية ، وهي التي تنظم علاقة الحاكمين بالمحكومين : كاختيار الولاية ، وما يشترط فيهم ، وبيان حقوق الناس عليهم ، وأحكام الشورى والعدل والمساواة .

النوع الثامن : مجموعة من الأحكام شبيهة بما يعرف الآن بالأحكام الدولية وهي التي تنظم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول في حالتى السلم والحرب وتحدد علاقة المسلمين بغيرهم في بلاد الدول الإسلامية - من ذلك أحكام القتال ، والأميرى ، والغنائم ، والفىء ، وأحكام الصلح ، والمعاهدات والجزية ومعاملة أهل الذمة ، والحرب ، وغير ذلك .

ومن هذا يتبين أن أئمة الشرع الاسلامى ، وعلماء الفقه - فيما مضى - قد بذلوا أقصى جهدهم ، وغاية كدهم ، فوضعوا للواقعات أحكامها ، كما وضعوا لأمر فرضية لم تقع - وقلما تقع - أحكاما مناسبة لها - مقتبسين ذلك من نصوص الشريعة ، أو من روحها ومعقولها ، أو من قواعدها وقضاياها الكلية ، أو من مقاصدها العامة - فوضعوا لنا الخطة ، ورسوموا لنا الطريق - وبذلك أدوا واجبهم كاملا نحو الفقه والشريعة .

فعسى الله أن يوفق علماء هذا العصر ، وما يتلوه من عصورا لأداء واجبهم نحو الفقه الاسلامى - كما فعل أسلافهم من قبل .

٣ - أسباب اختلاف العلماء فى الأحكام الشرعية

قد يظن الانسان - يادىء الرأى - أنه لا مسوغ لوجود الخلاف ، والمذاهب المتقابلة فى شريعة الهية ، قد نص على أصولها ، وكثير من قواعد وأحكامها فى كتاب الله وسنة رسوله - صلوات الله وسلامه عليه - فما سبب هذا الاختلاف ، ولم نجد العلماء والمجتهدين يختلفون فى كثير من الأحكام التى وصلوا إليها باجتهادهم واستنباطهم ؟ *

ولست تجد هذا التعدد فى المذاهب ، وذلك الاختلاف فى الرأى مقصورا على أئمة الفقه الذين وجدوا بعد عصر الصحابة وما يليه من عصور ، بل تجد الصنحابة أنفسهم قد اختلفت آراؤهم فى بعض الأحكام .

فمن ذلك ما رواه مسلم وأحمد عن ابن عباس قال :
كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر : طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : أن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم . وخالفه فى ذلك على وأبو موسى *

وكان زيد بن ثابت يقاسم بين الجد والأخوة الأشقاء أو لأب ، وكذلك على وابن مسعود ، وإن اختلفت طرائقهم فى المقاسمة . أما أبو بكر فإنه رأى الجد كالأب ، يحجب الأخوة ، فلا ارث لهم معه .

وكان عمر بن الخطاب يرى أن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تنتهى بوضع حملها ، فى حين أن على بن أبى طالب يقول : انها تعتد بأبعد الأجلين : من وضع الحمل ، ومضى أربعة أشهر وعشر .

وكان على يرى اخراج الزكاة عن أموال اليتامى الذين هم فى حجره ، وغيره يقول : ليس فى مال اليتيم زكاة - الى

غير ذلك من الآراء والأحكام المروية عن الصحابة ، ثم اتسعت بعدهم دائرة الخلاف ، وكثرت الآراء وتعددت المذاهب التي جادت بها قرائح المجتهدين في القرنين الثاني والثالث - فما أسباب هذا الاختلاف ، وما علة هذا التعدد ؟

لقد اختلفوا في الأحكام عامة ، سواء أكانت من الكتاب مستنبطة أم من السنة مستقاة ، أم إلى الرأي والقياس تعزى وتنسب ، وأسباب هذا الاختلاف كثيرة متشعبة ، وليس من اليسير حصرها •

وقد أجمل صاحب بداية المجتهد ونهاية المقتصد - في مقدمة هذا الكتاب - أسباب اختلاف الأئمة والفقهاء في الأحكام ، وقال ما خلاصته : ان أسباب الاختلاف بالجنس ستة :

أحدها : تردد الألفاظ بين طرق أربع ، وهي أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص ، أو خاصا يراد به العام ، أو عاما يزداد به العام ، أو خاصا يراد به الخاص ، أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون له •

والثاني : الاشتراك الذي في الألفاظ - كلفظ القرم ، وكلفظ الأمر : هل يحمل على الوجوب أو على الندب ، ولفظ النهي : هل يحمل على التحريم أو الكراهية .

والثالث : اختلاف الاعراب •

والرابع : تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز •

والخامس : اطلاق اللفظ تارة ، وتقييده تارة - مثل اطلاق الرقبة في العتق تارة ، وتقييدها بالإيمان تارة •
والسادس : التعارض في الشئيين في جميع أصناف الألفاظ التي يتلقى منها الأحكام بعضها مع بعض ، وكذا التعارض الذي يأتي في الأفعال أو في الاقرارات ، أو تعارض الأقيسة نفسها ، أو التعارض الذي يتركب من هذه

الأصناف الثلاثة ، وهي معارضة القول للفعل او للاقرار او للقياس ، ومعارضة الفعل للاقرار او للقياس ، ومعارضة الاقرار للقياس .

وسنذكر لك فيما يأتى أسباب الاختلاف بنوع من التفصيل . وحسبنا أن نأتى ببعضها كشاهد على ما لم يذكر منها ، وكدليل على حسرية الاجتهاد لدى علماء التشريع الاسلامى الذين لم يتقيدوا الا باتباع أصول شريعتهم ، ومبادئ العدالة فى استنباطهم .

أسباب الاختلاف فى الأحكام المأخوذة من القرآن :

السبب الأول : اختلاف العلماء والمجتهدين فى تفسير الألفاظ ، وفهم ما تدل عليه بسبب الاشتراك العارض فيها ، وهو نوعان :

(أ) اشتراك يجمع معانى مختلفة ، متضادة - كالقروع فى قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » : فذهب عثمان وعائشة وزيد بن ثابت الى أنها الاطهار ، وذهب عمر وابن مسعود الى أنها الحيض ، ولكل دليل وشاهد (١) - فاختلف الفقهاء تبعاً لاختلاف الصحابة ، فأخذ العراقيون بقول ابن مسعود ، وأخذ الحجازيون برأى علماء الصحابة فى المدينة .

ومثل ذلك اختلافهم فيما يفرض مسحه من الرأس فى الوضوء من قوله تعالى : « وامسحوا برؤوسكم » فمالك يرى وجوب مسح الرأس كله ، والشافعى يوجب أقل ما يطلق عليه اسم المسح ، والحنفية قالوا المفروض مسح بعض الرأس

(١) راجع الانصاف فى التنبيه على الأسباب التى أوجبت الاختلاف للبطلانوسى الأندلسى المتوفى سنة ٥٢١ هـ وراجع أيضاً أدلة الفريقين فى الجزء الثانى من بداية للجهنم (باب العدة) ، وأحكام القرآن للجصاص .

ولكن قدره بالربع - واصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب (١) ، ذلك انها مرة تكون زائدة كما في قوله تعالى « تنبت بالدهن » على قراءة « تنبت » يضم التاء وكسر الباء من أنبت . ومرة تدل على التبويض كما في قول القائل : أخذت بثوبه وبعضه - فمالك اشترط الاستيعاب اما احتياطاً ، واما لأن الباء زائدة ، والشافعي اكتفى بأدنى ما يطلق عليه اسم المسح لأن الباء للتبويض ، والمسح في الآية مطلق لا مجمل . وذهب جل علماء الحنفية في تعليل مسح الربع الى أن الآية مجملة في مقدار ما يمسح من الرأس ، فبينه ما روى من أنه - عليه الصلاة والسلام - توضأ ، ومسح على ناصيته ، وهي مقدرة بربع الرأس . ومحقق الحنفية قالوا ان الباء للالصاق وهو المعنى المجمع عليه لها بخلاف التبويض فان المحققين من أئمة العربية ينفون كونه معنى مستقلاً لها - بخلاف ما اذا جاء في ضمن الالصاق كما في الآية - فتكون الباء داخلة تقديراً ومعنى على آلة المسح وهي اليد وهي لا تستوعب الرأس . وقالوا بالربع لأن اليد إنما تستوعب قدره غالباً ، فلزم .

(ب) اشتراك يقع على معان مختلفة غير متضادة ، وذلك نحو قوله تعالى « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض - ذلك لهم خزي في الدنيا ، ولهم في الآخرة عذاب عظيم » - فذهب الحسن البصري وعطاء ومالك الى أن كلمة (أو) في الآية للتخيير ، وعلى ذلك فالامام عندهم مخير في هذه العقوبات ، يفعل ما شاء منها بقاطع الطريق . وذهب آخرون الى أن (أو) للأفراد والتفصيل : فمن قتل ولم يأخذ المال - يقتل ، ومن حارب وقتل وأخذ المال - يصلب ، ومن أخذ المال ولم يقتل

(٢) الجزء الاول من بداية المجتهد ص ١٠ - طبعة الحلبي سنة ١٣٣٩ هـ .

— تقطع يده ورجله من خلاف ، ومن اقتصر على الاخافة ينفى من الأرض ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى — كذلك اختلفوا فى معنى النفى : فقال الحجازيون : ينفى من موضع الى موضع ، وقال العراقيون : يسجن ويحبس (١) .

الثانى : — اختلافهم بوجه عام فى فهم النصوص القرآنية ، وان لم يكن ذلك بسبب الاشتراك ومن أمثلته : اختلافهم فى حكم الايلاء اذا مضى على المولى أربعة أشهر بدون فىء (٢) : فقيل تطلق المرأة بمضى المدة من غير فىء ، وقيل يطالب الزوج عند انتهائها : اما بالفىء ، واما بالطلاق وهو الرأى الراجح . والنص الوارد فى الايلاء يحتمل هذين الرأين ، وهو قوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

الثالث : — ورود آيتين متعارضتين فى الظاهر فى بعض ما تدلان عليه ، فتختلف المدارك فى الاستنباط ، فيرى بعض العلماء امكان العمل بهما جميعا ، ويرى آخرون أن احدهما مخصصة لعموم الأخرى ومن أمثلة ذلك قول الله تعالى فى عدة المتوفى عنها زوجها : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله جل شأنه فى عدة الحامل « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » . فالآيتان — كما ترى — متعارضتان فى الحامل المتوفى عنها زوجها : أتمتد بأربعة أشهر وعشرة أيام — عملا بالآية الأولى ، أم تعتد بوضع الحمل — عملا بالآية الثانية ؟ رأى على رضى الله عنه أنها تعتد بأبعد الأجلين . عملا بالآيتين ، ورأى عمر رضى الله عنه أن الآية الثانية مخصصة للأولى فقال : عدتها تنتهى بوضع الحمل .

(١) الانصاف للبطبوسى .

(٢) الفراء : الرجوع فى اليمن بالحث ، والايلاء هو أن يحلف الرجل على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا .

الرابع : - ورود آيات قرآنية مجملة أو مطلقة أو عامة مع ورود أحاديث في موضوعها : فيختلف العلماء في مدى الارتباط والصلة بينهما : فمنهم من يرى تقييد المطلق وتنقيص العام ، ومنهم من يرى غير هذا الرأي فيأخذ الآيات على إطلاقها أو عمومها لأن الأحاديث لم تثبت عنده ، أو لأنها أخبار آحاد لا تصلح - في نظره - لتقييد مطلق الكتاب أو تنقيص عامه .

ومن أمثلة ذلك قوله تعالى في سورة النور : « الزاني والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، وهذا النص عام يشمل المحسن (١) وغير المحسن فذهب الخوارج وبعض المعتزلة كالنظام إلى أن الحد في الزنا الجلد ليس غير ، وانكروا الرجم لعدم ذكره في كتاب الله تعالى ، وقالوا إن ما ورد من رجم الزاني خبر واحد ، وهو ليس بحجة عندهم - فعملوا بعموم الآية ولم يخصوها بغير المحسن - وذهب جمهور العلماء والفقهاء إلى أن عقوبة الزاني المحسن : الرجم حتى يموت محتجين بأن الرجم ثابت بالسنة ، وما ورد في ذلك حديث مشهور يصلح أن يكون مخصصا للآية ، وعلى ذلك خصوها بغير المحسن . وقد رد على الخوارج الكمال بن الهمام الحنفى بأن رجم المحسن ثابت - أولا - باجماع الصحابة عليه - وثانياً بأن ثبوت الرجم عن الرسول متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم ، وأخبار الآحاد إنما هي في تفصيل صورته . أما أصل الرجم ومعناه فثابت بالتواتر .

ومن أمثلته أيضاً قول الله تعالى في حد السرقة : « والمسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » جزاء بما كسبا ، نكالا من الله » ، والآية مطلقة أو مجملة ، لم تبين المقدار المسروق الذي يعد فيه ، فنشأ من ذلك اختلاف العلماء ،

(١) المحسن : المزواج بشروط مذكورة في كتب الفقه .

ومنشأ هذا الاختلاف أن بعض العلماء أخذ بعموم الآية واطلاقها فقال بالقطع في كل ما له قيمة وإن قل ، ولم يتثبت عنده ما ورد من اشتراط قدر معين من المال ، وهذا رأى الخوارج ، وداود الظاهري والحسن البصري في إحدى الروايات عنه * وجمهور العلماء قيدوا اطلاق الآية ، وخصوا عمومها بما صح عندهم من الآثار ، منها ما رواه عامر بن سعد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقطع يد السارق الا في ثمن المجن » كما روى : « أدنى ما يقطع فيه السارق ثمن المجن » ثم إن هؤلاء العلماء الذين اتفقوا على تقييد اطلاق الآية اختلفوا في تقدير النصاب الذى تقطع فيه اليد : فذهب الحنفية الى أنه عشرة دراهم ، والشافعية الى أنه ربع دينار أو فيما قيمته ذلك ، وذهب مالك وأحمد الى أنه ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، ومنشأ هذا الاختلاف : اختلاف الروايات من جهة ، واختلاف الصحابة في تقويم ثمن المجن - الذى قطع فيه الرسول - من جهة أخرى : أثلاثة هو أم عشرة ، أم غير ذلك : فأخذ مالك بالأقل لأنه المتيقن ، وأخذ الحنفية بالأكثر اتباعا لقاعدة : « ادروا الحدود ما استطعتم » وهذا لأن فى الأقل شبهة عدم الجناية ، وهى دائرة للحد *

أسباب الاختلاف فى الأحكام المأخوذة من السنة :

إذا كان الاختلاف فى أحكام القرآن ممكنا ، وقد حدث على النحو الذى أسلفناه - فهو فى السنة أكثر وقوعا وأقرب تصورا لأنه لم يشرع فى تدوينها الا فى العصر الأموى ، فكانت موزعة على روايتها من الصحابة ، ومن تلقى عنهم من التابعين ولم يستقل أحد بعلمها ولا بحفظها ، بل كان عند كل واحد منهم ما ليس عند الآخرين ، وبعضهم مقل وبعضهم مكثر - هذا الى أن الصحابة تفرقوا فى الأقطار الاسلامية * ثم تفرق المسلمون ، وانقسموا أحزابا ، ودخل فى الاسلام من ليس مخلصا له - فتطرق الوضع الى السنة - فليس يدعى بعد هذا

كله أن يحصل اختلاف فى الأحكام المأخوذة منها • ولتوضح ذلك يذكر هذه الأسباب :

الأول : أن ما روى عن الرسول - صلوات الله وسلامه عليه - قد يكون متواترا (١) ، وهذا فى السنة القولية قليل - ، أو لا يكاد يوجد • وقد يكون غير متواتر ، وهو منازل ودرجات تختلف فى القوة والضعف والصحة والحسن وغيرها • أما الأول فإن ثبت تواتره مع قلته فلا اختلاف فى الأخذ به ، وأما غير المتواتر فقد يقع فى بعض أنواعه الاختلاف بين العلماء ، وتبعاً لذلك يختلفون فى الأحكام •

الثانى : قد يرد من الحديث ما يصح عند قوم ، ولا يصح عند آخرين ، أو يشترط قوم لصحة الحديث والعمل به شروطاً كثيرة ، فإذا لم تتحقق فضلوا عليه القياس ، ولا يشترط قوم هذه الشروط ويفضلون الحديث على القياس - فيترتب على ذلك اختلاف الأحكام •

الثالث : أن الحديث قد يسمعه بعض الصحابة فيقضى به ، ولا يسمعه الآخر فيجتهد ، ويقضى بما يخالفه كما وقع لابن عمر ، فإنه حكم - بناء على اجتهاده - بنقض الشعر للنساء عند الغسل ، فلما بلغ ذلك عائشة أنكرته وقالت : لقد كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم - من إناء واحد ، وما أزيد على أن أفرغ على رأسى ثلاث أفرغات •

الرابع : اختلاف الرواية فى الحادثة الواحدة ، ومن ذلك اختلافهم فى الذى أحرم به النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع : أهو الحج فقط فيكون مفرداً ، أم العمرة ثم الحج ، فيكون متمتعاً ، أم الحج والعمرة - فيكون قارناً • ولهذا اختلف الفقهاء فى الأفضل : الأفراد ، أم القران ، أم التمتع ؟

(١) السنة للتواتر ما رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جميع يمتنع عادة أن يعزى إلى أفراد على كل ما •

الخامس : قد يعرض الخلاف من قبل الإباحة والتوسيع على العباد - كالذى ورد من مختلف الروايات فى صفة الأذان والاقامة ، وفى عدد تكبيرات العيدين - فاختلف الفقهاء تبعاً لذلك فى صفتها وعددها ، وطريقة أدائها (١) .

أسباب الاختلاف المشتركة بين أحكام القرآن والسنة :

هناك أسباب للاختلاف مشتركة بين أحكام القرآن والسنة - منها :

أولاً : التعارض فى النصوص : فبعض العلماء يرى الجمع بينها والعمل بها جميعها ان أمكن ، وبعضهم يتجه الى التأويل ، والتوفيق بينها بالرأى والاجتهاد ، فان لم يستطع ذلك رجح القول بالنسخ فيعمل بالناسخ دون المنسوخ . ومن أمثلة ذلك البكر اذا زنى : فقد وردت فى عقوبته هذه الآية : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، وورد فيه حديث عبادة بن الصامت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة » : فالآية اقتضت على الجلد ، ولم تذكر النفى ، والحديث جمع بينهما : فذهب الشافعى وأحمد والثورى والأوزاعى الى أنه فى البكر يجمع بين الجلد والنفى ، والحنفية قالوا : يجلد ولا ينفى - عملاً بالآية الا اذا رأى الامام نفيه ، فاذا رأى ذلك كان نفيه تعزيراً وليس بحد ، وذلك لأن الآية فى رأيهم نسخت حديث عبادة الذى جمع بين الجلد والنفى (٢) .

ثانياً : اختلافهم فى عموم النصوص وخصوصها : فقد ترد فى القرآن أو الحديث نصوص يتفق الجميع على عمومها ، أو على خصوصها ، وقد ترد نصوص أخرى محتملة ، فيقع فيها الخلاف ، ومن أمثلة ذلك ما سبق ذكره فى السبب الثالث من أسباب اختلاف العلماء فى الأحكام المأخوذة من القرآن .

(١) الانصاف ، وفقه الاسلام للمؤلف .

(٢) راجع الهداية وفقه القدير ونيل الأوطار وأحكام القرآن للزناي :

ثالثاً : اختلافهم المعارض من قبل النسخ : فإن من العلماء من ينكر وجوده في القرآن ، ومنهم من يشبهه . كذلك اختلف المثبتون له في أمور : منها اختلافهم في نسخ السنة للقرآن : أيجوز أم لا ؟ ومنها اختلافهم في نصوص من القرآن والحديث : فيذهب بعضهم الى القول بنسخها ، ويرى بعضهم أنها غير منسوخة وكل ذلك مما يترتب عليه اختلاف الأحكام (١) . وأمثلة ذلك معروفة مشهورة .

رابعا : النزاع في أكبر مسألة يدور عليها التكليف ، وبعبارة أخرى : اختلافهم فيما تدل عليه صيغتا الأمر والنهي : اقل - لا تفعل - يوضح ذلك أن جمهور العلماء ذهبوا الى أن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب الا اذا دل الدليل على أن المراد منها غيره كالندب والارشاد والاباحة ، كما ذهبوا الى أن صيغة النهي حقيقة في التحريم ، وترد فيما عداه مجازا بمعونة الأدلة والقرائن - كالكرهية ، والارشاد ، والتهديد ، ولغير الجمهور من العلماء أقوال أخرى في المعنى الحقيقي لكل من الأمر والنهي - فنشأ اختلاف العلماء المجتهدين في استنباط الأحكام من أوامر الشرع ونواهيها : فتارة يبقون الأوامر على الوجوب ، والنواهي على التحريم ، وتارة يخرجونها عن ذلك الى الندب أو الكراهية ، أو الارشاد ، أو يقولون ان الأمر للاباحة ، وذلك بالاستدلال ، أو بنوع من القرائن ، يتفقون على ذلك أحيانا ، وقد يختلفون .

ومن أمثلة ذلك قول الله - جل شأنه : « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوي عدل منكم » :

الآية أمرت بالاشهاد ، فاختلف العلماء في المراد من هذا الأمر : فنقل عن عطاء وعن الشافعي في القديم أن الاشهاد على الرجعة واجب ، فإن لم يشهد المطلق على الرجعة لم

تصح لأن الأمر في الآية للوجوب ، وذكر ابن حزم في كتابه المحلى وهو المعبر عن رأى أهل الظاهر أن الطلاق والرجعة لا يصحان بدون اشتهاد شاهدى عدل (١) . ورأى جمهور العلماء أن الأمر في الآية للندب خشية التجاحد ونفيا للتهمة اذا علم الطلاق ، ولم تعلم الرجعة ، ولذلك قالوا ان الاشهاد على الرجعة مستحب ، لا واجب (٢) .

وعلى هذا القياس أوامر السنة ونواهيها .

أسباب الاختلاف فى الأحكام المستنبطة بالرأى والقياس :

إذا حدث الاختلاف بين الأئمة والفقهاء فى الأحكام الشرعية المستقاة من الكتاب والسنة - فهم - بلا ريب - أشد اختلافًا فيما لا نص فيه - مما يرجعون فيه الى الاجتهاد بالرأى والقياس - بتطبيق وجوه العدالة والمصالح أو استنباط العلل عند استعمال القياس . ونحن نجمل ذلك فى هذه الأسباب :

الأول : اختلاف العلماء فى القياس ، وتفاوتهم فى استعماله قلة ، وكثرة فبعض العلماء ينكر القياس ، وبعضهم يثبتته . والمثبتون له : فيهم المقل ، وفيهم المكثر ، وفيهم من سلك طريقًا وسطًا ، وكل هذا مما يترتب عليه اختلاف الأحكام .

الثانى : اختلاف مقدرتهم على القياس والاستنباط .

الثالث : تأثر كل مجتهد بما يحيط به من الأحوال الاجتماعية أو السياسية كالذى روى عن الشافعى من مذهبه العراقى القديم ، ثم تغيير كثير من آرائه فى مذهبه المصرى الجديد - حينما رحل الى مصر ، واتخذها مقرا له ومقاما .

(١) تاريخ التشريع للخضرى ص ٢٨٣ .

(٢) فتح القدير وأحكام القرآن للرازى .

الرابع : وهو أهم ما يرجع اليه اختلافهم بسبب الرأي والقياس - اختلاف نظرهم في استنباط العلة ، والاستدلال على اعتبارها : فقد يقوم الدليل عند قوم على اعتبار علة ويقوم الدليل عند آخرين على اعتبار علة أخرى •

ومن أمثلة ذلك ورود النص بأن القاتل لا يرث : فرأى بعض العلماء أن العلة في حرمانه من الارث انه اقتترف فعلا لغرض محرم يستعجل به الشيء قبل أوانه ، فيعاقب بحرمانه وبعكس غرضه عليه ، وبناء على هذا - قالوا ان من أيا ن زوجته في مرض موته يعتبر قارا بالشروط المعروفة في كتب الفروع ، وترثه ، ورأى بعضهم أن علة الحرمان كونه قاتلا ، فلم يعدوا الحكم الى مسألة الطلاق المذكورة ، واعتبروا الطلاق البائن مانعا من الميراث ولو كان في مرض الموت •

ومن ذلك اختلاف علماء الحنفية في علة عدم استحقاق قاتل الموصى الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » : هل علة الحرمان من الوصية راجعة الى حق الورثة دفعا للغيظ عنهم ، أم أنها راجعة الى أن القاتل بغير حق جنائية تستحق الجزر بالحرمان من الوصية ؟ - ذهب الى العلة الأولى أبو حنيفة ومحمد ولهذا قالوا : تنفذ الوصية اذا أجازها الورثة ، وذهب الى العلة الثانية أبو يوسف - ولهذا قال بحرمان القاتل من الوصية ولو أجازها الورثة -

هذا - الى وجود أدلة اختلفوا في صحة الاعتماد عليها وفي العمل بها قلة وكثرة : كالمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب وغيرها - مما يترتب عليه الاختلاف في الأحكام المستنبطة •

أما بعد فلا يروعنك هذا الاختلاف ، ولا يهولنك تعدد الآراء - فما كان لشريعة أراد الله بقاءها وجعلها خاتمة

الشرائع أن تصب أحكامها في قالب واحد : ولا أن تدون في مواد وأحكام لا تختلف ، والا قلب لها الدهر ظهر المجن وتنكرت لها الأمم . ولكنه جعل الاجتهاد أساسها ، ورعاية مصالح الناس غايتها ، ونص على الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمن ولا يتغير وجه المصلحة فيها باختلاف الامم ، وترك ما وراء ذلك لمجتهدى هذه الأمة يسايرون به الزمن ، ويراعون تطور الأمم .

٤ - الفقه الاسلامي

كتبه ومؤلفاته - واجبنا نحوه

١ - ماذا يراد بالفقه الاسلامي ؟

يراد به هنا - مجموعة الأحكام الشرعية المدونة في مختلف المذاهب الفقهية للأئمة الأربعة : أبى حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل ، وغيرهم من أهل المذاهب الأخرى التي لم يقدر لها شيعان ولا انتشار - مثل المذاهب الأربعة - كمذهب أهل الظاهر ، وفقه الشيعة ، ومذهب الليث بن سعد ، والامام الأوزاعي وابن جرير الطبري ، وغيرهم ، يضاف الى ذلك ما أثر من آراء وفتاوى ومذاهب للصحابة والتابعين . ومن يليهم - وفي صدرهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأبو موسى الأشعري وعبادة بن الصامت وأبو الدرداء وعبدالله ابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهم أجمعين ، ثم الفقهاء السبعة بالمدينة وعلى رأسهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير ، وفقهاء مكة وعلى رأسهم عطاء بن أبى رباح وابن جريج وسفيان بن عيينة ، وفقهاء الكوفة ومنهم علقمة بن قيس النخعي وشريح بن الحارث وعبد الرحمن ابن أبى ليلى ثم فقهاء الشام وفقهاء مصر ومنهم يزيد بن أبى

حبيب وعبيد الله بن أبي جعفر ، وعن يزيد بن أبي حبيب
أخذ الليث بن سعد فقيه مصر ومحدثها وكان متبحرا في العلم
والفقه حتى قال فيه الشافعي ، « كان الليث أفقه من مالك
إلا أن أصحابه لم يقوموا (١) به » وغير هؤلاء كثير (٢) .

٢ - تدوين الكتب في المذاهب الأربعة وغيرها :

وقد دونت الكتب في المذاهب الأربعة وغيرها ، فصار
لكل مذهب كتبه التي ألفها أئمة وتلاميذهم ومن جاء بعدهم
من مقلديهم ، وبخاصة بعد أن تقاصرت الهمم عن الاجتهاد
المطلق منذ أوائل القرن الرابع الهجري وصار العمل وقفا
على هذه المذاهب الأربعة دون غيرها إلا في بعض قليل من
البلاد الإسلامية التي تعمل بمذهب الشيعة الزيدية أو الشيعة
الإمامية ، كما أنه قد ألفت بعض الكتب في فقه الظاهرية
وأهمها ما ألفه الإمام ابن حزم الأندلسي .

٣ - ما أدته هذه المؤلفات من جليل المنافع :

هذه الكتب التي ألفت في المذهب الحنفي أو الشافعي
أو المالكي أو الحنبلي أفادت المسلمين أجل فائدة ووقفتهم على
أحكام دينهم في عباداتهم ومعاملاتهم وسائر شئونهم ، وكانت
مفزعهم وملاذهم ومستقى فتاويهم ، كلما نزلت بهم نازلة
أو ألم بهم خطب أو عرضت لهم أحداث ووقائع يريدون
معرفة رأي الدين فيها .

وقد تجلّى في هذه الكتب روح الاخلاص والمثابرة الذي
عرف به مؤلفوها كما تجلّى فيها الرغبة في التحقيق والتدقيق
والقدرة على فرض الجزئيات والفروع وتقدير الحوادث
ووضع الحكم المناسب لكل منها - فجزأهم الله عنا وعن
الشرعية الغراء خير الجزاء .

(١) معنى علم قيامهم به أنهم لم يمتروا بتدوين آرائه وبثها في الجمهور

(٢) راجع مقدمة كتاب الفقه على المذاهب الأربعة .

٤ - بعض ما يوجه اليها من مآخذ :

غير أن هذه المؤلفات مع غزارة فوائدها وشمول منفعتها - ولا سيما فى العصور التى ألفت فيها - لا يخلو أكثرها من مآخذ نجملها فيما يلى :

(أ) صعوبة تناول المعلومات منها على من يريد لها الا من تمرس بها أمدا طويلا وذلك لما تشتمل عليه من عبارات وأساليب قد تدق على الفهم ، أو لا تتفق مع روح العصر الذى نعيش فيه ، وقد تكون فيها مصطلحات لا يتبادر الى الذهن ادراكها ، ولأنها فوق هذا وذاك ينقص بعضها حسن العرض والتبويب .

(ب) أنها عرضت للمسائل والأحكام بطريقة تستهلك كثيرا من وقت المطلع أو الباحث المنقب وتكلفه كثيرا من الجهد والمشقة ، لأن الكثير منها ألف على أن توضع عليه الشروح والحواشى التى توضح الغامض أو تزيد فى القيود والشروط أو تعتمد الى تحرير الموضوع أو تذكر كثيرا من تفاصيله التى أجملها المتن أو الشرح ، أو تعتمد الى آراء المخالفين وذكر أدلتهم والرد عليهم .

وهذا شأن أكثر الكتب الفقهية التى حظيت أكثر من غيرها بدراسة أهل العلم وتلقى الأحكام الفقهية منها ، وهى شائعة فى المذاهب الأربعة .

فمن ذلك فى المذهب الحنفى - كتاب بداية المبتدى : فان عليه شرح الهداية وعلى هذا الشرح فتح القدير للكمال ابن الهمام كما أن للهداية شرحا آخر ، اسمة « العناية على الهداية » وعلى شرح العناية حاشية تسمى حاشية سعدى جلىبى . ومن هذه المصنفات كتاب تنوير الأبصار . فان عليه شرح الدر المختار وعلى هذا الشرح حاشية العلامة الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين - المسماة رد المحتار ، ومثل

ذلك كتاب كنز الدقائق فان عليه عدة شروح منها شرح تبين الحقائق للامام الزيلعي ، وعلى هذا الشرح حاشية الشيخ الامام شهاب الدين أحمد الشلبي .

وكل هذه الكتب تتفق في صيغة واحدة - هي أنك لا تستطيع أن تستوعب أى موضوع فيها الا اذا اطلعت اطلاقا دقيقا على المتن وكل ما تعلق به من شروح وتعليقات فان الموضوع لا يتم بحثه بشرائطه ودقائقه وجملته الآراء فيه الا بالاطلاع عليها جميعها وفى هذا ثما فيه من الجهد والنصب وما يستلزم ذلك من مضاعفة الوقت والزمن . واذا كان هذا كله يبذل اذا أردت الاطلاع على موضوع فى مذهب واحد - فليت شعري ما الذى يلزم بذله وانفاقه من جهد وزمن اذا أردت الاطلاع على الموضوع نفسه فى كتب المذاهب الأخرى ؟

ومن أمثلة ذلك قول صاحب الدر المختار فى شرحه لمتن تنوير الأبصار عند تعريف البيع .

(هو) لغة مقابلة شئ بشئ مالا أو لا بدليل : وشروء بثمان بنخس ، وهو من الأضداد ويستعمل متعديا وبمن للتأكيد ، وباللام - يقال بعتك الشئ وبعت لك - فهى زائدة قاله ابن القطاع ، وباع عليه القاضى أى بلا رضاه ، وشرعا (مبادلة شئ مرغوب فيه بمثله) خرج غير المرغوب كتراب وميتة ودم (على وجه) مفيد (مخصوص) أى بإيجاب أو تعاط ، فخرج التبرع من الجانبين ، والهبة بشرط العوض وخرج بمفيد مالا يفيد ، فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة ، ولا مقايضة أحد الشريكين حصّة داره بحصّة الآخر . . الى أن يقول « ووصفته : مباح ، مكروه ، حرام ، واجب » .

ثم يجىء ابن عابدين فى حاشيته المسئلة رد المحتار على الدر المختار - فيعلق على بعض العبارات السابقة :

فعند قول الشارح (مالا أولا) يعلق عليه بقوله : المراد

بالمال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة .
والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم والتقوم يثبت
بها وبإباحة الانتفاع به شرعا ، فما يباح بلا تمول لا يكون
مالا كحبة حنطة ، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون
متمولما كالخمر : وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما
كالدّم ٠٠٠ الى آخره ٠

ثم يمود فيقول معلقا على قول الشارح : (ولا مقايضة
أحد الشريكين حصة داره بحصة الآخر) أى المستويين ،
والمبادر من التعبير بالشريكين أن الدار مشاعة بينهما ٠
أما لو كانت حصة كل منهما مفروزة عن الأخرى فالظاهر
جواز المقايضة لأنه قد يكون رغبة كل منهما فيما فى يد
الأخر فهو بيع مفيد بخلاف المشاعة ، فافهم) ٠

ثم يوضح قول الشارح : « وصفته مباح ، مكروه ،
حرام ، واجب » فيقول : البيع مباح إذا خلا عن أوصاف
ما بعده ، ومكروه كالبيع بعد النداء فى الجمعة ، وحرام
كبيع خمر لمن يشربها ، وواجب كبيع شيء لمن يضطر اليه »
وتجد مثل ذلك فى كتب المذاهب الأخرى ٠

(ج) انها فى بعض المسائل التى تعرض لها تذكر كثيرا
من الآراء فى المسألة الواحدة حتى ليعار الباحث ٠ فلا يدري
ايها يرجح ٠

وانا لنضرب لذلك مثلا ما ساقته أغلب كتب الحنفية من
آراء فيما يسمونه بيع الوفاء :

جام فى تبیین الحقائق — شرح كنز الدقائق — للامام
فخرالدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى — فى كتاب الاكراه —
ما خلاصته : ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع
المكره ، أى فللبائع حق نقض بيع المشتري وهبته لأنه بيع
بشرط فاسد ، وصورته أن يقول البائع للمشتري : بع

منك هذا بالدين الذى لك على - على أنى متى قضيت الدين .
فهو لى - أو يقول : بعث منك هذا بألف على أنى لو دفعت .
إليك ثمنك - تدفع العين الى ، فجعلوه فاسدا باعتبار شرط .
الفسخ عند المقدرة على ايفاء الدين أو عند رد الثمن - فيفيد
الملك عند اتصال القبض به * ولكن للبائع وفاء أن ينقض
بيع المشتري كما فى بيع المكره *

ومنهم من جعله رهنا لأن البائع لما اشترط أخذ المبيع
عند قضاء الدين - أتى بمعنى الرهن لأنه هو الذى يؤخذ
عند قضاء الدين ، والعبرة فى العقود للمعانى دون الالفاظ
حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، فاذا كان
رهنا لا يملكه المشتري ، ولا ينتفع به الا باذن البائع ، وإى
شئ أكل من زوائده يضمنه ويسترده عند قضاء الدين
ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن *

ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا بعض
أحكامه : وهو الانتفاع به - دون البعض - وهو البيع -
لحاجة الناس اليه ، ولتعاملهم فيه ، والقواعد قد ترك
بالتعامل *

ومن المشايخ من جعله باطلا ، اعتبره بالهازل ... الى
آخر ما جاء به *

وفى بعض الكتب ذكر فى بيع الوفاء ثمانية أقوال وفى
بعضها الآخر تسعة (١) *

(د) ان كتب كل مذهب يغلب فيها الانتصار لهذا المذهب
على غيره من المذاهب مهما وضح وجه الحق فى المذهب
المخالف وذلك لغلبة روح التقليد وانتشار التعصب المذهبى
الذى يطمس الحقائق ويذهب بجلال الحق وجماله *

وليس أدل على ذلك - من الرجوع الى كتب الفقه التى

(١) راجع الجزء الرابع من كتاب رد المحتار *

عرضت لايراد أدلة المذهب الحنفى والرد على المذاهب الأخرى.
المخالفة ونقض أدلتها - مثل شرح الهداية وكتاب تبیین
الحقائق - فى مذهب الحنفية •

(هـ) جد من ضروب المعاملات فى هذا العصر - ما يسعّب
معرفة حكمه من هذه الكتب - لأنها لم تكن معروفة فى عصور
تأليفها •

٥ - قصدنا من ايراد هذه المآخذ :

ونحن لم نرد - معاذ الله - من ايراد هذه المآخذ ،
ولا بذكر الأمثلة عليها - الغرض من هذه المؤلفات ولا ان
نالت (١) مؤلفيها وعلماءها حقهم . ولا ان ننمّس مجدهم
العلمى فان لهم من سعة البحث والتدقيق - وما بذلوا من
جهود فى التثبت والتحقيق ما يوجب علينا تعظيمهم وتقديرهم
والاشادة بذكورهم والتنويه بأثارهم العلمية المجيدة التى
لا نزال نفتخر من مناهلها والتى يجب ان تطل مراجع نيمه
للفقه الاسلامى نلوذ بها - كلما دعت الحاجة أو اقتضى الأمر
ان نفىء اليها - انما أردنا فقط ان نلفت الأنظار الى انه
لا يجوز لنا أن نعيش عيالا عليها الى الأبد ، بل يجب علينا
ان نقوم بخدمة الفقه الاسلامى كما قام أسلافنا بخدمته وأن
نقضى فيه حق العلم كما قضوا • وأنه لمن الواجب على علماء
الشريعة الاسلامية وأئمتها فى جميع الأقطار الاسلامية - فى
هذا العصر - أن يقوموا بواجباتهم كاملة نحو الفقه الاسلامى.
اجتهادا وتأليفا وتدريسا ، كما أن على الحكومات الاسلاميه
واجبا آخر حيال هذا الفقه •

٦ - واجبنا نحو الفقه الاسلامى :

هذه الثروة العلمية القانونية الضخمة التى خلفها
أسلافنا مدونة فى بطون الكتب ، وهذه الكنوز والنفائس

(١) اله سق ١١ ، نقله اياه •

المخبوءة ، وتلك الدرر واللاذء المكتنة فى أصدافها - علينا
بازائها أفدح التبعات ، وفى اعناقها حيالها ديون واجبة
الأداء ، وقد حل الآن وقت أدائها •

تلك الواجبات نجملها فى وجوه الاصلاح الآتية :

الأول : أن يقوم اقطاب الشريعة الاسلامية وفضائل
علمائها - باستخراج ما فى الكتب الفقهية من البحوث
النافعة والآراء القيمة والأحكام العادلة وعرضها عرضا
حسنا منظم التبويب سهل التناول فى مؤلفات عصرية تنشأ
لأبناء الجيل الحاضر ليعرفوا محاسن الشريعة ومبادئها
القوية وأحكامها العادلة فان تم وضعها فى هذه الصورة
التي تجمع بين القوة وجمال العرض وحسن التبويب
والترتيب والجمع استطعنا أن نقنع الكثيرين بصلاحيه
الشريعة - كما هى الحقيقة - للتطبيق والعمل بها فى كل
زمان ومكان •

الثانى : اعداد العدة لتكوين طائفة ممتازة من علماء
المسلمين تتوافر فيها أهلية الترجيح والاختيار والاجتهاد
وذلك لينهضوا بهذا الواجب فى الأحكام الاجتهادية التي
لا نص فيها أو فيها نص يحتمل الاجتهاد كما هو مبين فى
موضعه •

ومن ثم يجب تنظيم مرحلة التخصص فى الشريعة
الاسلامية - فى الجامعات الاسلامية التي تعنى بدراسة تلك
الشريعة - على أن تكون الدراسة دراسة استيعاب واحاطة
وتحليل ووقوف على مذاهب الأئمة والعلماء المجتهدين مع
دراسة أصول الفقه والقواعد الكلية التي ترجع اليها
الفروع • ومع دراسة آيات الأحكام وأحاديثها دراسة تفصيلية
ودراسة تاريخ التشريع • كذلك يجب أن يقف علماء الشريعة
على مبادئ القانون المصرى وأساليب بحثه حتى تمتزج فيهم
المعليتان الشرعية والقانونية - وذلك كله بعد أن يكون

الطالب قد درس جل أبواب الفقه ومباحثه قبل مرحلة
التخصص دراسة عامة .

الثالث : هو ما يجب على حكومات البلاد الاسلامية -
وفى صدرها الحكومة المصرية - من تأليف مجمع للفقه
الاسلامى - على غرار المجمع اللغوى - يختار اعضاؤه من
أئمة مذاهب ذلك الفقه وعلمائه فى مصر وغيرها من البلاد
الاسلامية ، ومن اعلام القانون الوضعى الذين عرفوا لشرعية
الاسلام قدرها ، واطلعوا على أسرارها ومزاياها - على ان
يناط بذلك المجمع أمران :

احدهما : ترتيب الفقه الاسلامى على مختلف المذاهب ،
وتجميعه فى بنود مرتبة ، وأبواب منسقة ، فى جميع
بحوثه .

والآخر : اضطلاع بواجب الترجيح والاجتهاد - لوضع
احكام لما يجد ويستجد من الوقائع والحوادث وضروب
المعاملات - مسترشداً فى ذلك بالقواعد الأصولية ، والمبادئ
الشرعية ، والأصول الاسلامية ، وبارأء أئمة الفقه الاسلامى
... وذلك فى المواطن التى يسوغ فيها الاجتهاد شرعاً .

وبهذا تستطيع كل دولة اسلامية - عند وضع قوانينها
أو تغيير شئ منها أن تستقى من الأحكام التى يقرها ذلك
المجمع الفقهى الاسلامى .

هـ - حكم الاجتهاد والتقليد - ذم العلماء التقليديين

لما كان الاجتهاد أهم الدعائم التى قام عليها الفقه
الاسلامى الذى سندرست بعض مباحثه دراسة مقارنة ولما كان
التخريج والترجيح من ثمرات الدراسة المقارنة على ما سنذكره
بعد - وهما نوعان من الاجتهاد - كما أن حب التقليد
والاذعان له لا يعين على تلك الدراسة - اقتضت الحال أن

نذكر كلمة فى الاجتهاد ، وأخرى فى التقليد ، ورأى العلماء والأئمة فى ذلك •

الاجتهاد فى الشرع الاسلامى

الاجتهاد : هو بذل الفقيه وسعه فى طلب العلم بالأحكام الشرعية • ومحل الاجتهاد هو كل حكم شرعى ليس فيه دليل قطعى : فلا اجتهاد فيما اتفقت عليه الأمة أو دل عليه الدليل القطعى من جليات الشرع كوجوب الصلوات الخمس ، والزكاة ، وما يشبه ذلك •

ويشترط فى المجتهد اجمالاً تحقق أمرين :

الأول : أن يكون عدلاً - غير أن العدالة شرط لجواز الاعتماد على فتواه أما أخذه لنفسه باجتهاده فلا يشترط ذلك له •

الثانى : أن يكون محيطاً بمدارك الشرع متمكناً من استنباط الأحكام منها ، له ملكة يقتدر بها على استخراج الأحكام من مأخذها • ومدارك الأحكام : الكتاب والسنة والاجماع والقياس • أما الذى يمكنه من استنباط الأحكام منها فهى معرفة اللغة العربية وعلومها على وجه يتيسر به فهم خطاب العرب وعاداتهم فى الاستعمال •

وقد جمع الشاطبى فى الموافقات ما ينبغى أن يتصف به المجتهد ، فقال : انما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين : أحدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها ، والثانى التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها (١) •

(١) فقه الاسلام للمؤلف - وللوافقات الجزء الرابع من ٥٦ وما بعدها من طبعة سنة ١٣٤١ هجرية •

تجزئة الاجتهاد :

ذهب بعض علماء الأصول الى جواز تجزئة الاجتهاد ، فلا يشترط في المجتهد عندهم أن يكون عالما بجميع احكام المسائل ، بل يجوز للمفقيه أن يتفرغ لبعض البحوث المسهية حتى يحيط بها علما ، ويصبح من أهل الاجتهاد فيها . وممن صرحوا بقبول الاجتهاد التجزؤ - الفزالي وابن قيم الجوزية ، وبناء على ذلك يجوز أن يكون الرجل مجتهدا في نوع من العلم مقلدا في غيره ، او مجتهدا في باب من أبوابه كمن بذل وسعه في باب الجهاد أو الحج أو في العلم بالمواريث والفرائض ، فعرف أدلتها ، وطرق استنباطها من الكتاب والسنة دون غيرها من المساحات الفقهية ، وقد يؤيد ذلك ما روى عنه عليه الصلاة والسلام - انه شهد لزيد بن ثابت بأنه أعلم الصحابة بالفرائض ، ولعاذ بن جبيل بأنه أعلمهم بالحلل والحرام ، وكذا ما جاء في خطبة لأبي بكر رضى الله عنه قال « أيها الناس من أراد أن يسأل عن الفرائض فليأت زيد بن ثابت ، ومن أراد أن يسأل عن الفقه فليأت معاذ بن جبل ، ومن أراد أن يسأل عن المال فليأتني ، فان الله جعلني له قاسما وخازنا » .

وحكم المجتهد في بعض الأنواع دون بعض أنه لا يجوز له أن يفتي فيما لم يجتهد فيه . أما فتواه في النوع الذي اجتهد فيه - ففيها ثلاثة آراء :

أحدها : - المنع - ووجهه أن أبواب الشرع واحكامه يرتبط بعضها ببعض ، فالجهل ببعضها مظنة للتقصير في الباب أو النوع الذي عرفه .

ثانيها : - الجواز في الفرائض دون غيرها . وحجته أن احكام المواريث ومعرفة الفروض ومستحقها ، وقسمة المواريث تكاد تكون مستقلة ومنقطعة عن سائر بحوث الفقه الأخرى من البيوع والاجارات والرهون وغيرها - كما أن غالب احكام المواريث قطعية ، قد نص عليها في الكتاب والسنة .

الرأى الثالث : الجواز ، وهو أصح الآراء الثلاثة -
قال ابن القيم : بل هو الصواب المقطوع به ، ووجهه أنه قد
عرف الحق بدليله ، وبذل جهده فى معرفة الصواب ، فحكمه
فى ذلك حكم المجتهد المطلق فى الأبواب والأنواع كلها (١) .

اذن الشارع ، وأمره بالاجتهاد :

إذا رجعت الى نصوص الشرع الاسلامى التى وردت فى
الاجتهاد - أيقنت أنها تأمر العلماء القادرين على الاجتهاد
بالتدبر والاعتبار والاستنباط - قال الله تعالى : « فاعتبروا
يا أولى الأبصار » وحديث معاذ فى الاجتهاد معروف مشهور ،
وقد ذكرناه فى المقدمة من قبل .

وفى كتاب عمر الى أبى موسى الأشعرى : « الفهم الفهم
فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنة » . اعرف
الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك » .

وقد ثبت أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
كانوا يجتهدون فى النوازل ، ويقيسون بعض الأحكام على
بعض ، ويعتبرون النظر بنظيره ، ووقع منهم الاجتهاد فعلا
برضاء صلى الله عليه وسلم : فمن ذلك أن الرسول - صلوات
الله عليه - حكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة ، فحكم فيهم
باجتهاده وقال : « انى أرى أن تقتل مقاتلتهم ، وتسبى
ذراريهم ، وتغنم أموالهم » فقال النبى : « لقد حكمت فيهم
يعحكم الله من فوق سبع سماوات » .

ولما اختلفوا الى ابن مسعود شهرا فى المفوضة ، وهى
التي تزوجت ولم يسم لها مهر ، ثم مات عنها زوجها ولم
يدخل بها - قال : أقول فيها برأى ، فان يكن صوابا فمن
الله ، وان يكن خطأ فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله
برئ منه . أرى لها مثل مهر نسائها ، لا وكس ولا شطط ،
ولها الميراث ، وعليها العدة ، فقام ناس من أشجع ، فقالوا :

(١) فقه الاسلام ، والجزء الرابع من اعلام الموقعين ص ١٨٨ - الطبعة المنيرية .

نشهد أن رسول الله قضى فى امرأة منا مثل ما قضيت به ،
فما فرح ابن مسعود بشئ بعد الاسلام فرحه بذلك ، لموافقة
قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم •

واجتهد الصحابيـان اللذان خرجا فى سفر ، فحضرت
الصلاة ، وليس معهما ماء - فصليا ، ثم وجدا الماء فى الوقت ،
فأعاد أحدهما ، ولم يعد الآخر - فصوبهما ، وقال للذى لم
يعد : أصبت السنة وأجزأتك صلاتك ، وقال للآخر : لك
الأجر مرتين (١) • كذلك روى عنه - عليه الصلاة والسلام -
أنه أمر عمرو بن العاص ، وعقبة بن عامر الجهنى أن يحكما
بين خصمين ، وقال لهما : « ان أصبتما فلكما عشر حسنات ،
وان أخطأتما فلكما حسنة واحدة » •

ولئن خالف بعض العلماء فمنعوا اجتهد الصحابة فى
حياة الرسول - لقد اتفق علماء الأصول على التعبد به بعد
عصره - صلى الله عليه وسلم - ومطالبة العلماء اذا توافرت
فيهم الأهلية بالاجتهاد ، سواء أكانوا من الصحابة أم من
العلماء الذين جاءوا بعدهم • لأنه أصبح بعد انقطاع الوحى
عماد الفقيه فى استنباط الأحكام (٢) • وهذا ما حدث فان
العلماء بعد الصحابة اقتفوا أثرهم وساروا على سنتهم
الرشيـدة فى الاجتهاد : فتعدد العلماء المجتهدون - وكثر
سوادهم فى جميع البلاد الاسلامية : فى البصرة ، والكوفة ،
وبخارى وسمرقند وبغداد ، ومكة والمدينة والشام ومصر
والأندلس ، وحفلت الكتب الفقهية بالمذاهب التشريعية
الاسلامية ، وتجاوبت أصداء البلاد والأقطار بأسماء المجتهدين
من أمثال الحسن البصرى ، وسعيد بن المسيب ، وأبى ثور ،
ومجاهد ، وقتادة وسفيان الثورى ، وطاوس ، وابن سيرين ،
والشعبى ، والأوزاعى وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأبى

(١) الجزء الأول من اعلام الموقعين ص ١٧٦ ، ص ١٧٧ •

(٢) فقه الاسلام •

حتيفة ومالك والشافعي ، والليث بن سعد ، وأحمد بن حنبل وابن جرير الطبري ، وداود الظاهري ، وابن حزم - فخلفوا لنا ثروة تشريعية جديرة بالفخر ، وتراثا فقهيا قميئا بالاعجاب * ولو أننا تابعنا عملهم ، وتعاهدنا غرامهم ، وسرنا في الطريق الذي ساروا فيه ولم نغلق باب الاجتهاد - فوضعنا لبنة أو لبنات في صرح الشريعة الشامخ ، وعرضناها عرضا حسنا على الطالبين وسهلنا مراجعتها على الراغبين لكشفنا عن قوتها وثرائها وجمالها ، ولحملنا المعجبين بالقوانين الغربية على أن يولوا وجوههم شطرها ويقدروها حق قدرها *

حكم الاجتهاد :

الاجتهاد في كل عصر فرض من فروض الكفاية - حتى ذهب كثير من العلماء والمحققين الى أنه لا يجوز - شرعا - خلو الزمان عن مجتهد قائم بحجج الله ، يبين للناس حكم ما يعرض لهم من حوادث ووقائع ، ولا بد أن يكون في كل قطر من تقوم به الكفاية (١) *

وان أردت نوعا من التفصيل فالاجتهاد في حق العلماء له ثلاث حالات :

الأولى : يكون فيها فرض عين ، وذلك اذا سنل المجتهد وحده عن حادثة وقعت ، وخاف فوتها ، فانه يتعين عليه ، النظر للحكم فيها - كذلك اذا نزلت بالعالم نفسه حادثة فانه يجب عليه أن يستنبط حكمها بنفسه ، ولا يجوز أن يقلد غيره فيها اذا كان في الوقت سعة لا يخاف معها فوت الحادثة - لأن الله تعالى أمر أولى الأبصار بالتدبر والاعتبار والتأمل والاستنباط فقال : « فاعتبروا يا أولى الأبصار » * وقال : « فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول » ، وليس هذا خطا باللعوام ، فيكون الخطاب للعلماء القادرين على الاجتهاد ، ويكون المقلد منهم مرتكباً محرماً لتركه ما أمر به

(١) راجع ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٢٢ طبعة صبيح *

من التدبر والاعتبار ، ويمضد هذا فعل الصعابة ، فانهم اجتهدوا واختلفوا فى مسائل كثيرة ، وحكم كل باجتهاده ، ولم يقلد غيره ، ولأنه اذا قلد فانما يقلد من لم تثبت عصمته من الخطأ ، وذلك انما يجوز للعامى لعجزه عن النظر فلا يقاس عليه المجتهد مع قدرته ، بل يجب أن يطلب الحق بنفسه .

الثانية : يكون فيها الاجتهاد فرض كفاية ، وذلك اذا عرضت الحادثة على مجتهد ولم يتمين للافتاء فيها بأن وجد معه غيره : فاذا أفتى هو أو غيره سقط الفرض ، وان امتنعوا جميعا أثموا .

الثالثة : يكون فيها مندوبا ، وذلك فى حادثة لم تحصل سواء أسئل فيها المجتهد ام لم يسأل .

وبناء على أن الاجتهاد فرض عين فى حال ، وفرض كفاية فى حال أخرى ولاقتضاء صالح الجماعة والأمة الا يخلو أى عصر عن مجتهدين - قال كثير من العلماء ، ومنهم الحنابلة : لا يجوز خلو العصر عن المجتهدين .

قال ابن دقيق العيد :

« الأرض لا تخلو من قائم لله بالحجة ، والأمة الشريفة لا بد لها من سالك الى الحق على واضح المحجة الى أن يأتى أمر الله » .

فمن قالوا بجواز خلو العصر عن المجتهدين لا ينهض لهم دليل ، ولا تقوم لهم حجة . وما قالوه من تيسر العلم على السابقين . وصعوبته على المتأخرين - لا يؤيده معقول ولا منقول . وقد دفع العلامة الشوكانى شبهتهم هذه ، فقال :

« لا يخفى على من له أدنى فهم أن الاجتهاد قد يسره الله للمتأخرين تيسيرا لم يكن للسابقين : لأن التفاسير للكتاب

العزیز قد دونت ، وصارت فی الکثرة الى حد لا یمکن حصره ،
والسنة المطهرة قد دونت ، وتکلمت الأمة على التعديل
والتجريح والتصحيح والترجیح بما هو زیادة على ما یمحتاج
اليه المجتهد . وقد کان الواحد من السلف الصالح یرحل
للحديث الواحد من قطر الى قطر ، فالاجتهاد على المتأخرین
أیسر وأسهل من الاجتهاد على المتقدمین ، ولا ینخالف هذا من
له فهم صحیح ، وعقل سوى » .

حكم التقليد – ذم العلماء التقليد

التقليد : قبول قول بلا حجة : بأن تأخذ بمذهب غیرك
من غیر ان تعرف دلیله . والمراد من التقليد هنا : التقليد فی
الفروع ، وهی المسائل الفقهية .

وقد نص علماء الأصول على أن من له أهلية الاجتهاد
لا یموز له أن یقلد غیره متى کان فی الوقت متسع فلا یمخاف
فوت الحادثة ، بل یمجب علیه النظر والاجتهاد – كما نصوا
على أن العامی ، ومن لیس له أهلية الاجتهاد یمجب علیه
استفتاء المجتهدين فیما ینزل به من الحوادث ، واتباع
آرائهم .

ترى من هذا أن الأصولیین لا یمیزون التقليد الا عند
العجز أو الضرورة وفى ذلك حرص العلماء على بقاء باب
الاجتهاد مفتوحا – كما کان فی عهد صاحب الشریعة –
صلی الله علیه وسلم – وصحابته . ومن اقتفى أثرهم من
الزئمة الأعلام . وحالتنا – فی هذا العصر – لا توصف بعجز
ولا ضرورة لوجود علماء اختصاصیین فی العلوم الشرعیة ،
وما تحتاج الیه من علوم أخرى ، ولتوافر وسائل الثقافة ،
وتعدد مناهل العلم ، وسهولتها على الوارد فی العصر الحديث
ولأن العلوم التى یمحتاج الیهها المجتهد قد دونت ، وتیسر

السبيل الى الرجوع اليها ، والافادة منها - كما قال يعق.
العلامة الشوكاني في كلمته التى سبق ذكرها .

وحسبك فى استهجان التقليد أن الفتوى به محل خلاف
بين العلماء وأن لأصحاب أحمد فيها ثلاثة أقوال : (١)

أحدها : أنه لا يجوز الفتوى بالتقليد لأنه ليس بعلم .
والفتوى بغير علم حرام . وذلك قول جمهور الشافعية .

الثانى : أن ذلك يجوز فيما يتعلق بنفسه : فيجوز له أن
يقلد غيره من العلماء إذا كانت الفتوى لنفسه . ولا يجوز أن
يقلد العالم فيما يفتى به غيره .

الثالث : أنه يجوز ذلك عند الحاجة ، وعدم وجود
العالم المجتهد .

وقال القرافى : مذهب مالك وجمهور العلماء وجوب
الاجتهاد ، وإبطال التقليد ، وقال الشوكاني : المنع من
التقليد - أن لم يكن اجماعا - فهو مذهب الجمهور .

وقد ذم الله تعالى المقلدين فى كتابه الكريم فقال : « أم
آتيناهم كتابا من قبله ، فهم به مستمسكون ، بل قالوا انا
وجدنا آباءنا على أمة ، وانا على آثارهم مهتدون » . وورد
عن الأئمة والعلماء الذين خلعوا ربة التقليد - ذم التقليد
والنمى على المقلدين ، حتى الأئمة الأربعة نهوا عن تقليدهم .
وذموا من أخذ أقوالهم بغير حجة :

فكان أبو حنيفة اذا أفتى - يقول : « هذا رأى أبى
حنيفة ، وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن جاءنا بأحسن منه
فهو أولى بالصواب » . ونقل عن مالك قوله : أنا بشر أخطئ
وأصيب ، فانظروا فى رأىى ، فما وافق الكتاب والسنة
فخذوا به ، وما لم يوافق فاتركوه » ، وقال : « ما من أحد

«الا مأخوذ من كلامه ومردود عليه الا صاحب هذه الروضة»
يعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقال الشافعى لتلميذه الربيع : يا ابا أسحق: لا تقلدنى
فى كل ما أقول ، وانظر فى ذلك لنفسك فانه دين ،
وقال : « مثل الذى يطلب العلم بلا حجة كمثّل حاطب ليل ،
يحمل حزمة من حطب ، وفيه أفعى تلدغه ، وهو لا يدرى »
وقال المزنّى فى أول مختصره : « اختصرت هذا من علم
الشافعى ومن معنى قوله لأقربه على من أرادّه ، مع اعلامه
نهيه عن تقليده ، وتقليد غيره ، لينظر فيه لدينه ، ويحتاط
فيه لنفسه » .

وقال احمد بن حنبل : « انظروا فى أمر دينكم فان
التقليد لغير المعصوم مذموم ، وفيه عمى للبصيرة » ، وقال
أبى داود : « لا تقلدنى ولا تقلد مالكا ولا الثورى
ولا الأوزاعى ، وخذ من حيث أخذوا » ، وقال « من قلة فقه
الرجل أن يقلد فى دينه الرجال » (١) ويصف الشيخ عز الدين
ابن عبد السلام المقلدين من الفقهاء ، وينعى عليهم موقفهم
فيقول : « ومن العجب العجيب أن الفقهاء المقلدين يقف
أحدهم على ضعف ما أخذ امامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعا ،
وهو مع ذلك يقلده فيه ، ويترك من شهد له الكتاب والسنة ،
يتأولهما بالتأويلات البعيدة الباطلة - نضالا عن مقلده »
ثم يقول : « لم يزل الناس يسألون من اتفق من العلماء من
غير تقيد بمذهب ، ولا انكار على أحد من السائلين الى أن
ظهرت هذه المذاهب وتمتعصبوها من المقلدين ، فان أحدهم
يتبع امامه ، مع بعد مذهبه عن الأدلة - مقلدا له فيما قال
كأنه نبي مرسل ، وهذا نأى عن الحق ، وبعد عن الصواب ،
لا يرضى به أحد من ذوى الألباب » .

ويقول ابن القيم نقلا عن بعض علماء السلف « أجمع

(١) الجزء الثانى من اعلام الموقعين ص ١٣٩ ، ١٤٠ من الطبعة الثانية .

الناس على أن المقلد ليس معدودا من أهل العلم ، وأن العلم معرفة الحق بدليله » .

ويقول الامام أبو شامة : ينبغي لمن اشتغل بالفقه ألا يقتصر على مذهب امام ، ويعتقد في كل مسألة صحة ما كان أقرب الى دلالة الكتاب والسنة المحكمة . . الخ .

وبذلك استبان حكم التقليد والمقلدين ، وعلم ان الاجتهاد من مطالب الشريعة ، ومقاصدها ، وأنه واجب لا تبرأ ذمة العلماء منه الا بأدائه ، ومساء الفقه الاسلامي شيء مثل اجافة باب الاجتهاد ، فانها حالت بينه ، وبين احيائه وتجديده ، ومسايرته لكل تطور ، ووفائه بحاجات الأمم على مر العصور والأزمان ، فعلى أن نزيل العقاب والعوائق ليعود لنا وجه الشريعة — كما كان — مشرقا ناصع البياض . والله المستعان .

٦ - أصول القوانين ، ومصادرها في العصر الحديث

تستمد الدول في العصر الحديث تشريعها — كما يرى علماء القانون الوضعي — من أحد نظامين يتقاسمان الأسرة الدولية ، وهذان النظامان هما :

١ - القانون المنحدر عن القانون الروماني .

٢ - والقانون الانجليزي الأصلي .

فالنوع الأول يعتبر في مبادئه وأصوله مرجعا مشتركا بين أكثر البلاد الأوروبية ، وأمريكا الجنوبية والوسطى ، وكثير من البلاد الأخرى ، كمصر في تشريعها الجنائي والمدني .

والنوع الثاني : وهو المستمد من أحكام المحاكم الانجليزية القديمة — يصل بين انجلترا ، والولايات المتحدة ، واستراليا وكندا — ما عدا ولاية منها ، ونيوزيلاندا .

ويرى الأستاذ لامبير (١) الفرنسي انه من واجب العلم الحديث أن يعمل على التقريب بين النظامين القانونيين لتستنبط قواعد مشتركة بينهما، تكون أساسا للقانون العالمى الذى يدعو اليه بعض أعلام القانون فى العصر الحاضر *

وكان من الواجب - فى رأينا - أن يوضع فى صدور النظامين السابقين نظام ثالث - هو الشريعة الاسلامية التى اقر كثير من المنصفين بأنها تحتوى على أسس المبادئ التشريعية ، وتتضمن أرقى الأصول والقواعد ، وأعدل الأحكام الفقهية - حتى أن العلامة - لامبير - نقل عنه أحد تلاميذه : انه المشرع العالمى الذى يقدر ما للشريعة الاسلامية من قيمة وأثر وأنه استطاع بعد التوغل فى دراستها والاتصال بأعلامها ، أن يقتنع بأنها شريعة مستقلة بذاتها بعد أن كان يظن أن للقانون الرومانى أثرا كبيرا فيها ، كما استطاع أن يضعها فى الميزان الصحيح من حيث الدقة والتطبيق فى عصرنا الحديث (٢) *

وقد دعا هذا المشرع الفرنسى عند زيارته مصر فى سنة ١٩٣٧ الى انشاء معهد للقانون المقارن بالجامعة المصرية ، يكون من أهم مقاصده تنشيط دراسة الشريعة الاسلامية باعتبارها أصلا من أصول القانون العام المقارن ، وإبراز مايمكن أن يكون للشريعة الاسلامية - اذا درست دراسة علمية صحيحة - من نصيب فى تقدم الحضارة فى العالم - يضاف الى هذا المقصد ما يرجى من انشاء هذا المعهد من تنمية القواعد والمبادئ القانونية المشتركة بين الدول ، ومن التقريب بين الفقه الاسلامى ، وسائر الفقه فى العالم ، ومن تكوين علماء ينقطعون للبحث العلمى ، والانتاج الفقهى المثمر * وهذه المقاصد هى التى يدعو الى تحقيقها كل معهد

(١) أستاذ القانون المقارن بليون *

(٢) فقه الاسلام ص ٣٩٣ ، ص ٣٩٤ من الطبعة الاولى .

مصرى أو اسلامى ، أو شرقى يعنى بدراسة الشريعة الاسلامية
وبسائر القوانين .

٧ - التشريع الاسلامى ، والقانون المقارن

يمتاز الفقه الحديث - بنوعين من البحث العلمى ، وهما
الدراسة التاريخية والبحث المقارن (١) .

أولا : الدراسة التاريخية : يراد بها تتبع النظم
القانونية فى مراحلها التاريخية لأمة ما . ومعرفة احوال
نشوتها وتطورها ، ودراسة ما يماثل ذلك من نظم الأمم
الأخرى .

ثانيا : البحث المقارن : وكما ان البحث التاريخى يدلنا
على مدى التماثل فى تطور الشرائع خلال عصورها المختلفة -
كذلك الدراسة المقارنة تبين لنا مبلغ التشابه فى قواعد النظم
القانونية بين شرائع الأمم المختلفة فى عصر من العصور ،
فاذا تناولت الدراسة المقارنة قوانين العصر الحديث كانت
وسيلة للوقوف على مواطن التماثل ، ومواضع الخلاف بين
شرائع الأمم العاصرة ، وعلى أسباب ونواحي النقص فى
شريعة أمة من هذه الأمم ، ولا شك أن البحث التاريخى
والبحث المقارن يفيدان فى التوفيق بين قوانين الأمم
الحديثة ، ويوحيان بسد النقص فى الشرائع غير الكاملة .

ومن أجل هذا عنى رجال القانون من أهل الغرب
بالقانون المقارن ، حتى عقدوا له المؤتمرات العلمية
القانونية ، وتوسعوا فى دراسته ، ونظموا بحوثه وأنشئوا
له المعاهد الخاصة ، ومن أشهرها معهد القانون المقارن
بليون .

(١) مجلة القانون والاقتصاد س ٧٣١ وما بعدها من السنة الاولى .

ويراد بالقانون المقارن - كما قال الأستاذ لامبير في
احدى محاضراته - نوعان من البحث :

الأول : تاريخ القانون المقارن .

الثانى : الدراسة المقارنة للقانون الحديث .

ونحن نقول : ان من ينظر الى بحوث الشريعة الاسلامية ،
وتاريخ التشريع فيها ، والى كتبها التى عرضت لآراء الائمة
المجتهدين وأدلتهم ، وردود بعضهم على بعض ، والموازنة بين
المذاهب ، وترجيح بعضها على بعض - لا يسعه الا ان يحتم
بان فقهاء المسلمين ، ومشروعهم قد بدءوا بالسير فى هذا
الطريق قبل غيرهم ، وسبقوا فى ذلك المشرعين وعلماء
القانون فى الأمم الأخرى ، وأنهم اهتموا الى نوع من البحوث
التى تدخل فى موضوع القانون المقارن بالمعنى الحديث ،
وان بعض بحوثه كانت مما تناولوه ، وان لم يعرفوه بهذا
الاسم الحديث ، والاصطلاح القانونى الجديد - على ان ذلك
كان فى صورة متواضعة غير شاملة ، ويمكن أن يقال ان
تاريخ التشريع الاسلامى يشبه - فى صورة ما - النوع
الأول من القانون المقارن ، وبسط آراء الأئمة المجتهدين
وأدلتهم ، والموازنة بينها مع الترجيح يماثل النوع الثانى
منه .

وحينئذ فلنا أن نقول - بحق - ان فقهاء الاسلام قد
هداهم البحث الى بعض ما يراد بالقانون المقارن ، فتوفروا
عليه - فى وقت لم تكن فيه أوروبا تعرف نفسها ، ولم تكن
قد استيقظت من سباتها .

وقد أخذت بعض المعاهد العلمية والقانونية فى مصر
وغيرها - فى السنين الأخيرة - تدخل فى مناهج دراساتها
هاتين المادتين : تاريخ الفقه الاسلامى ، والمقارنة بين
المذاهب ، ونأمل أن تعظم العناية بهما مادة وطريقة حتى
ينضج التفكير ، وتتكون الملكات الفقهية ، ويوجد من العلماء

من ينقطع للانتاج والبحث العلمى - كما نأمل ان تتطور
الدراسة فى الأزهر ، وفى كليات الحقوق - بالجامعات
المصرية - على مر الزمن - الى المقارنة التفصيلية الدقيقة ،
والموازنة الشاملة بين أحكام الشريعة والفقه الاسلامى ، وبين
سائر القوانين والشرائع الأخرى ، وبخاصة فى العصر
الحديث .

٨ - الفقه المقارن

١ - تعريفه ومعناه : الفقه المقارن : نوع خاص من
دراسة الفقه . ويراد به العلم بالأحكام الشرعية فى مختلف
الأنواع ، والأبواب من حيث معرفة آراء الأئمة والفقهاء
والعلماء ، ومذاهبهم المتفقة أو المختلفة فيها ، وبيان أدلتهم
وقواعدهم الأصولية ووجهات نظرهم التى كانت منشأ هذا
الاختلاف - مع سبر هذه الأدلة وموازنة بعضها ببعض ،
واختيار أقربها الى الحق ، وأولها بالقبول .

موضوع الفقه المقارن :

٢ - موضوع الفقه المقارن : اذا كان موضوع كل علم
- كما يقول العلماء - ما يبحث فيه عن عوارضه واحواله
الذاتية - يكون موضوع هذا العلم : المسائل الفقهية
والقانونية من حيث معرفة أحكامها على حسب المذاهب
المختلفة ، وآراء الأئمة والفقهاء فيها ، وعرض أدلتهم
ومناقشتها ، وموازنة بعضها ببعض .

٣ - مباحثه : من تعريف العلم وموضوعه يمكن اجمال
مباحثه فيما يأتى :

(أ) الأحكام الفقهية والقانونية الفرعية والعملية المتفق
عليها والمختلف فيها بين الأئمة والمشرعين . مع بيان مسائلهم
ومآخذهم والمنابع التى استقوا منها تلك الأحكام .

(ب) دراسة أدلتهم وأسانيدهم ، ومقابلة بعضها ببعض الموقوف على ما فيها من قوة أو ضعف ، وللتقريب بين المذاهب والآراء المختلفة ، وللإضطلاع بواجب التخريج والترجيح .
(ج) دراسة آيات الأحكام وأحاديثها لمعرفة طريقة استنباط الأئمة والعلماء الأحكام منها ، وكيف اختلفوا فيها ؟ ولماذا ؟ .

(د) دراسة القواعد والمبادئ القانونية فى الفقه الإسلامى وغيره من القوانين الوضعية ، سواء فى ذلك ما اتفقا عليه وما اختلفا فيه .

(هـ) الموازنة والمقابلة بين أحكام الشريعة وأحكام القوانين الوضعية - كالدنى جاء منها فى القانون المصرى المدنى والجنائى ، وقانون المرافعات ، وكالقانون الفرنسى او السويسرى أو الانجليزى ، وغير ذلك .

ولا شك أن هذه المباحث - مجتمعة - مما يتعذر الوفاء به من حيث نقص العدة ، وضيق الزمن ، فلنقتصر على ما يستطاع ، والزمن والتطور والمثابرة - كل أولئك كفيل بتحقيق الأمل المرجو فى خدمة العلم والشريعة والقانون .
وليس من العسير عليك بعد معرفة مباحث هذا العلم أن تدرك أن الفقه الشرعى المقارن مستمد من الكتاب والسنة ، ومن الفقه الإسلامى : أصوله ، وفروعه .

٤ - فائدة الفقه المقارن وثمراته :

من تعريف الفقه المقارن ، وبيان مباحثه - تتضح ثمراته وفوائده الآتية :

أولا : بالفقه المقارن يعرف مدى ما بين المذاهب والآراء من اتفاق واختلاف كما يعرف منشأ اختلاف الأئمة والعلماء .
ثانيا : الوقوف على مسالك الأئمة فى الاستنباط والاجتهاد .

ثالثا : كما أن المقارنة طريق الى معرفة ما تظمن اليه النفس من الأحكام .

رابعا : بها يستطيع التخريج داخل كل مذهب والترجيح بين الآراء والمذاهب المختلفه ، واختيار اقواها دليلا ، واخترها صلاحا ونفعا للأفراد والمجتمع ، ومتى اقتصر العلم بالعمل كان في ذلك سعادة الفرد ، وتقدم الامم ونهوضها . ولا شك أن التخريج ، والترجيح نوعان من الاجتهاد .

وقد جعلت الحكومات الاسلامية في السنين الأخيرة وفي صدرها الحكومة المصرية - تفكر في الاستمادة من سماحه الشريعة الاسلامية وسعة الفقه الاسلامي فجعلت من اختلاف الأئمة والفقهاء رحمة وتوسعة على العباد ، فعدلت وغيّرت في قانون الاحوال الشخصية من غير تعيد بمذهب من المذاهب الاربعة بعد أن كان هذا القانون مقيدا بمذهب الامام أبي حنيفة . ومن أمثلة التغيير والتعديل ما تراه الآن في بعض أحكام الطلاق والنسب والمفقود ، وما تراه أيضا في قوانين الوقف والوصية والميراث المعمول بها الآن ، وما ذلك الا ثمرة من ثمرات الفقه المقارن .

خامسا : تنمية القواعد والمبادئ القانونية المشتركة بين الفقه الاسلامي وغيره من القوانين .

سادسا : التقريب بين المذاهب : بعضها وبعض ، وبينها وبين القوانين المختلفة فان لم يتيسر - رجح الأقرب الى الحق .

سابعا : تنشيط دراسة الشريعة الاسلامية - باعتبارها مصدرا للقانون العام المقارن ، وابرار ما يمكن ان يكون للشريعة الاسلامية - اذا درست دراسة علمية صحيحة - من نصيب في تقدم الحضارة .

ثامنا : المقارنة تعين على تكوين ملكة الفقه والاستنباط ، ومن ثم فهي نواة غراس جميل لتكوين طائفة ممتازة من

علماء الشرع والقانون - يرجى لها على مدى الأيام - أن تنمو ويطرده نموها حتى تثمر لنا رجالا مجتهدين يحيون عهد أئمة الاجتهاد الذين خلفوا لنا هذا التراث العظيم الذى نسميه الفقه الاسلامى أو الشريعة الاسلامية ، وبهذه الطائفة الممتازة نستطيع - باجتهادها الشرعى أن نخرج ونرجع ونجتهد ، وبذلك نثبت صلاحية الشريعة لكل عصر وامه ، ووفاءها بحاجات الأمم ، ومسايرتها لكل تقدم ونهوض ، كما نسهم - بذلك - فى تقدم الشرائع والقوانين ونهوضها فى العالم كله - غير أنه مما يجب أن يلحظ فيذكر أن الفقه المقارن لا يثمر ثمراته الطيبة التى أسلفنا ذكرها الا اذا تجرد الدارس والباحث من نوازع الهوى والتعصب المذهبى والاقليمى ، وكان رائده الوصول الى الحق والانتفاع به فحسب . وفقنا الله سبحانه لما يحبه ويرضاه وجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم .

وقد يقول قائل : ما فائدة الفقه المقارن ، وما ثمرة هذا النوع من دراسة الفقه ؟ وقد قرر بعض العلماء أنه لا يجوز تقليد غير الأئمة الأربعة لأنهم هم الذين عرفت لنا مذاهبهم ونقلت اليها نقلا يوجب الطمأنينة والثقة ، كما قرروا أن من قلده مذهبا معينا - ليس له أن ينتقل الى غيره ، أو يقلد غيره فى بعض الوقائع الا بشروط ، وقالوا : ليس للمتأخر أن يبحث أو يرجع ، وانما عليه أن يتبع .

ولكن هذه الأقوال مردودة لأنها مبنية على مقالات وضعها المتأخرون حينما فترت الهمم واستحكمت روح التقليد ، وتملكتهم العصبية المذهبية ، وضعف استعدادهم عن الترجيح والاختيار أو الاستنباط والاجتهاد ، وليس لما قالوه سند من كتاب الله تعالى ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم . وقد ورد عن الأئمة الأربعة ، وغيرهم من العلماء ذم التقليد والنهى عنه لمن كان قادرا على الاجتهاد ، أما الذى يتعذر عليه أن ينال الأحكام من أدلتها فان عليه أن يسأل اهل الذكر وليس عليه أن يلتزم مذهباً معيناً - قال شارح مسلم الثبوت

فى اصول الفقه ما خلاصته : ان اختلاف العلماء رحمة بالنص وترفيه فى حق الخلق ، فلو ألزم المخلف العمل بمذهب معين كان هذا نعمة وشدة ، وأما اشتراطهم فى جواز تقليد غير المذهب عدم تتبع الرخص فقد قال الحمال فيه : لا يمنع من تتبع رخص المذاهب مانع شرعى اذ للانسان ان يسلك الأخف عليه اذ كان له اليه سبيل . الخ .

كذلك ما سبق بيانه فى كلمتنا عن الاجتهاد والتقليد - يدحض هذا القول .

٥ - المراجع العلمى الذى يعين على دراسة اسمه المسطور : ليس من قصدنا ان نحصر هذه المراجع او نتقصاها ، انما نذكر - على سبيل المثال - بعضها فمبها الكتب المطولة فى كل مذهب من المذاهب الأربعة : ككتاب فتح المدير على الهادي فى فقه الحنفية ، وكتاب المغنى فى فقه الشافعية ، وكتاب المجموع شرح المذهب لدامام ابى رزينا معبى الدين ابن شرف النووى فى فقه الشافعية ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير فى فقه المالكية ، ومنها الكتب المطولة فى شرح الأحاديث : مثل كتاب فتح البارى بشرح صحيح البخارى عند تعرضه لأحاديث الأحكام ، وشرح النووى على صحيح مسلم ، ومثل كتاب نيل الأوطار للشوكانى وهو من خير الكتب المختصة بشرح أحاديث الأحكام موزعة على جميع أبواب الفقه المعروفة ، وكتاب سبل السلام .

ومن خير الكتب وأيسرها فى هذا الباب : كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، وكتاب ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية : مثل زاد المعاد وإعلام الموقعين والطرق الحكمية لابن القيم وفتاوى ابن تيمية والسياسة الشرعية لابن تيمية ، والقياس فى الشرع الإسلامى .

ومن هذه الكتب أيضا : كتاب أحكام القرآن لابن عربى المالكي ، وكتاب أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الحنفى المعروف بالخصاص ، وكتاب الجامع لأحكام القرآن للقرطبى .

مراجع البحوث السابقة

- ١ - فقه الاسلام - للمؤلف .
- ٢ - الانصاف في التنبيه على الاسباب التي اوجبت الاختلاف -
للبيطليموسى .
- ٣ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد .
- ٤ - اعلام الموقعين لابن القيم .
- ٥ - فتح القدير على الهداية - للكمال بن الهمام .
- ٦ - رد المحتار - لابن عابدين .
- ٧ - مقارنة المذاهب فى الفقه - للعالمين الأستاذين محمود شلتوت ،
ومحمد على السائس .
- ٨ - تاريخ التشريع للحضرى .
- ٩ - الفروق للقرافى .
- ١٠ - مقدمة الطبعة الثانية من كتاب الفقه على المذاهب الأربعة
(قسم العبادات) .

الفقه المقارن

— موضوعات البحث —

كلمة « الفقه المقارن » تشمل دراسة الأحكام الشرعية دراسة مقارنة ، ومعرفة مأخذها ، والمسالك المؤدية إليها ، وفي صدرها دراسة آيات الأحكام وأحاديثها — اذ هي الأصل الأول ، والمنبع الأساسى لاستنباط الأحكام الشرعية •

غير أن هذه الدراسة بمعناها الرغيب (١) العام — الذى يشمل جميع أبواب الفقه ، ومباحثه غير ميسورة جملة واحدة — لأن المنهج محدود ، وزمن الدراسة موقوت معلوم ، والعوائق جمة ، والعلم بحر خضم لا ساحل له •

ولهذا اخترنا بعض البحوث الفقهية للدراسة المقارنة ، وهى أهم مباحث الوصية ، وأشهر المواطن الخلافية فيها ، وأضفنا إليها ما تيسر من بحوث فقهية أخرى فى باب التركات والمواريث — وغيرها — مما يتفق مع وقتنا وجهدنا وقد نضم الى ذلك بعض ما نختاره مما ورد فى الكتب التى عرضت لذكر اختلاف علماء الفقه وأئمتهم •

ومما يعين على جعل الدراسة المقارنة مثمرة : ادمان النظر فى الكتب التى عنيت بعرض آراء الأئمة والعلماء والفقهاء فى الأحكام الشرعية ، مع بيان أدلتهم وأسانيدهم النقلية والعقلية ، وفى صدرها الكتب التى أسلفنا ذكرها فى المراجع العلمية •

وانا لنرجو الله سبحانه — أن يوفقنا فى المستقبل لمباحث فقهية أخرى — للدراسة المقارنة ، حتى يتكون لها جملة

(١) الرغيب : الواسع •

صالحة من الفقه الاسلامى - تكون نواة لنمو الفقه المقارن وتطوره ، وسببا لمضاعفه العناية به .

الوصية

إذا تقصيت أسباب الملكية - شرعا - وجدتھا تنحصر فى أربعة أسباب :

الأول : وضع أيدي على الشيء الثابت ، على ما ساء به : كالبيع ، الأرض الموات والصيد وحياره كل ما لا مالك له شرعا وقت حيازته كالكلأ والأشجار فى الغابات .

الثانى : العقود النافذة للمنفذ : وهى التى يتحول بها الملك من حيز الى حيز اختيارا فيجعل بها مالك جديد محل مانا ، قديم فيما كان مملوكا للأول . وبعض هذه العقود لا تنتقل به الملكية الا بعد وفاة المالك الاول ، وهو عقد الوصية التى تعتبر الملكية بها شبيهة بملكية الميراث فى انها خلافة عن المالك بعد وفاته - غير انها تخالف ملكية الميراث فى أن الخلافة فيها تثبت بإرادة الشخص (الموصى) ، وهذا لأن الوصية عقد ينشئه الموصى ، ويريد به تمليك جزء من ماله لشخص أو لجهة بعد وفاته مع مراعاة ما سنه الشرع فى ذلك من حدود . وسائر العقود الأخرى - غير الوصية - تنتقل بها الملكية حال الحياة كالبيع والهبة .

الثالث : الشفعة إذ بها يتحول الملك من المشتري الى الشفيع ، ويحل الثانى محل الأول بحكم الأولوية - على ما هو مبين فى مبحث الشفعة .

الرابع : الميراث ، فبه ينتقل الملك من المورث الى الوارث بعد وفاة الاول جبرا عنه ، وذلك بطريق الخلافة التى تثبت بحكم الشرع ، فلا أثر لإرادة المورث فى تلك الملكية ، ولذلك

كان الملك بالارث - اجباريا لا اختيار فيه ، كما أنه لا يسقط بالاسقاط .

وقد زيد فى القوانين الوضعية التملك بمضى المدة الطويلة بشروط بينتها تلك القوانين ، ولكن ذلك ليس سببا شرعيا للتملك مهما طال الزمن - بل كل ما يترتب على مضى المدة الطويلة منع سماع الدعوى من الخارج على ذى اليد يشروط اشتراطها الفقهاء لذلك - بطريق الاجتهاد - اقالا لىاب التزوير والتحايل على أخذ أموال الناس بدون حق (١) .

وبمناسبة البحث فى الوصية يمكن تقسيم العقود من حيث الوقت الذى تفيد حكمها فيه قسمين (٢) .

الأول : ما يفيد حكمه حال الحياة كالأجارة والبيع .

والثانى : ما يفيد بعد وفاة أحد العاقدين (الموصى) . وهذا هو عقد الوصية .

تعريفات الوصية

معنى الوصية فى اللغة : هى اسم مصدر بمعنى التوصية أو الايصاء ، ومنه قول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم أن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت » - الآية ، وقد تطلق على الشيء الموصى به ، كما فى قوله جل شأنه : « من بعد وصية توصون بها أو دين ، فلفظ الوصية يعم الوصية والايصاء ، فيطلق على فعل الموصى وهو الايصاء ، كما يطلق على ما يوصى به من مال

(١) المعاملات الشرعية المألفة للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ٣٧ ، ٥٢ طبعة

سنة ١٩٣٦ م .

(٢) شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم الشيخ محمد زيد الأبانى

« مبحث الوصية » .

أو غيره - قال صاحب المصباح : وصيت الى فلان توصية .
وأوصيت اليه ايصام ، وأوصيت اليه بمال جعلته له ، وفي
القاموس : أوصاه ووصاه توصية عهد اليه ، والاسم الوصاية
والوصية ، وبهذا ظهر أنه لا فرق في اللفظة بين المتعدى
بنفسه أو باللام أو بالي في أن كلا منها يستعمل بمعنى
جعلته وصيا ، وأن المتعدى بالي قد يستعمل بمعنى تمليك
المال ، وأن كلا من الوصية والايصام يأتي لهما .

فقول صاحب الدر المختار : يقال أوصى الى فلان أى
جعله وصيا ، وأوصى لفلان بمعنى ملكه بطريق الوصية انما
هى تفرقة اصطلاحية فقهية ، قال بها بعض الفقهاء (١) .

والوصية « لغة » تشمل الوصية بالمال وغيره . فيقال
أوصيته بولده : استعطفته عليه ، وأوصيته بالصلاة : امرته
بها ، وأصلها مأخوذ من قولك ، وصيت الشيء بالشيء اذا
وصلته به كأن الموصى - لما أوصى بالمال - وصل ما بعد الموت
بما قبله .

معنى الوصية في اصطلاح الفقهاء ، وفي القانون
الجديد :

أولا : تعريفها في المذهب الحنفى :

اختلف تعريفها باختلاف كتب المذهب : فقد عرفها
الكاسانى بأنها اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد الموت ويرد
عليه أن تعريفه غير جامع لأنه لا يشمل الوصية بالواجبات
لأنه ما أوجبها على نفسه ، بل هى واجبة بإيجاب الشرع ،
وقد يندفع هذا الاعتراض اذا قلنا او المراد من قوله
« ما أوجبه الموصى » عام بحيث يشمل ما أوجب أدائه بعد
وفاته ، وعلى ذلك يدخل فى تعريفه الوصية بأداء واجبات
عليه .

(١) الجزء الخامس من رد المحتار على الدر المختار . ونزل الأوطار ج ٦ وشرح الأخوان
الشخصية للامام زيد .

وعرفها الكرخى - من علماء الحنفية - بأنها ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعاً بعد موته ، أو فى مرضه الذى مات فيه . وقد يقال فى هذا التعريف انه يجعل تبرعات المريض مرض الموت المنجزة من باب الوصايا عند انشائها ، وهذا - وإن اتفق مع ظاهر القانون المدنى فى الفقرة الاولى (١) من المادة ٩١٦ - لا يتفق مع الوضع الفقهى من ان تبرعات المريض مرض الموت المنجزة تأخذ - فى انشائها - حكم الهبات والعطايا (٢) ، فتفتقر الى شروطها المشروطة لها فى الصحة ، وإن كانت - فى المآل - تأخذ حكم الوصية فى اعتبار نفاذها من الثلث ، وفى توقفها على اجازة الورثة ان كانت لوارث - احتياطاً لحقوق الورثة (٣) . وعلى الرغم من هذا الاعتراض فإن تعريف الكرخى دقيق ، وهو قريب من تعريف القانون الذى سنذكره بعد . ولا شك أنه يقصد من ادخال تبرعات المريض فى الوصية - انها تأخذ حكم الوصية فى المال ، وهو حكم مسلم به فى الفقه والقانون . وعرفها فى الدر المختار ، والكنز وشرحه : تبين الحقائق : بأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان الموصى به عينا أم منفعة ، اذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع : فقولهم تمليك يشمل العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة وغيرهما ، وأخرجوا بقيد « مضاف الى ما بعد الموت » نحو الهبة فانها تمليك بطريق التبرع فى الحال ، كما أخرجوا بقيد التبرع التملك بعوض كالبيع والاجارة . ومن العلماء من أخرج بقيد التبرع الاقرار بالدين لأجنبى ، وليس ذلك بشئ لأن الاقرار اخبار واطهار لما فى ذمته من دين ، وليس تمليكا ، وحينئذ فلا حاجة لاجراجه لأنه لم يدخل فى

(١) نصها : « كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت وتسمى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف » .

(٢) فالهبة اذا لم تستوف شروطها عند الانشاء تبطل ، ولا تأخذ حكم الوصية بعد الوفاة وذلك كما اذا مات الواهب فى مرض موته قبل أن يقبضها للموهوب له .

(٣) شرح قانون الوصية للاستاذ المحقق محمد أبو زهرة . وكتاب الفنى ص ٤٩٢ .

التعريف • ومن العلماء من قال ان قيد الاضافة الى ما بعد الموت يخرج ما عدا الوصية وحينئذ فلا حاجة الى قيد - بطريق التبرع - فى التعريف (١) •

وهذا التعريف أيضا قاصر - او بعبارة اخرى - لانه يشمل جميع مسائل الوصية وانواعها التى جاء بها قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ - كما اذا كان الموصى به اسقاطا محضا كالوصية بابراء الكفيل من الخفالة ، ودالوصية بتأجيل الدين الحال ، او بان تباع عين معينة من تركته لفلان بثمان معلوم ، او بقسمة تركته بين ورثته على وجه المصلحة التى يراها • ويلحق بالوصية مالا تبرعات المريض مرض الموت ، سواء اكانت تبرعات محضة ام محابة فى عقد من عقود المعاوضات •

وللحنفية هنا قولة مشهورة ، رأينا ضرورة التعرض لها لمناقشتها ، وهى قولهم - على ما جاء فى كتاب تبيين المعائن وغيره : ان القياس يابى جواز الوصية لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك وهو ما بعد الوفاة - على ما ذكر فى تعريفهم للوصية - مع أن الشخص لو اضاف التمليك الى حال قيام الملك بأن قال لغيره ملكتك هذا الشيء غدا كان باطلا ، فتكون الوصية أولى بهذا الحكم ، ولكن الشارع أجازها استعسانا لحاجة الناس اليها (٢) ، ومثل ذلك الاجارة فانها لا تجوز قياسا لما فيها من اضافة تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان . وأجازها الشارع للضرورة ، وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقى فى قدر التجهيز والدين (٣) •

وهذا الكلام لا يقبل من الحنفية الا على معنى القياس فى اصطلاحهم ، أما اذا فهمنا القياس بمعناه الأعم الأوسع : وهو كل ما يحقق المصالح الراجعة للناس ، ويفى بحاجاتهم ،

(١) الفقه فى المالكة الأربعة ج ٣ •

(٢) - انى تؤيد ذلك من حكمة مشروعية الوصية •

(٣) الجزء السادس من كتاب تبيين المعائن لازيمى • اول كتاب الوصايا •

ويمكنهم من استدراك ما فاتهم من التقصير ، ويدفع عنهم العسر والحرج ، أو كل ما تقتضيه الأصول الشرعية والقواعد الفقهية المقررة بما يحقق مبادئ العدالة ، والبر والرحمة ، ولا غبن فيه ، ولا غرر - إذا فهمنا القياس - على هذا الوجه - فليس فى الوصية ولا الاجارة ما يخالف الميأس فى نظر الشرع ، وبخاصة اذا عرفنا أن نصوصه نجأت بمشروعية كل من الوصية والاجارة - تحقيقا لمصالح العباد - ، والشرع لا يأتى بما يخالف مقتضى العقل السليم ، ولا الخيأس الصحيح - كما بين ذلك بجلاء الامامان ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية (١) .

ثانيا : تعريفها فى مذهب المالكية :

عرف بعض المالكية الوصية بما عرفها به الحنفية ، وبعضهم قال : الوصية فى عرف الفقهاء : عقد يوجب حقا فى ثلث مال عاقده ، يلزم بموته ، أو يوجب نيابة عنه بعد موته . ومعنى التعريف عندهم أن عقد الوصية يترتب عليه أحد أمرين :

الأول : ملكية الموصى له ثلث مال الموصى بعد موته ، بحيث لا يكون العقد لازما الا بعد الموت .

الثانى : نيابة عن الموصى فى التصرف ، فالموصى اما أن يوصى بمال ، واما أن يوصى باقامة نائب عنه بعد موته .

ويلاحظ على التعريف الثانى عند المالكية أنه يشمل الوصية بمعنى اقامة الوصى ، وذلك بخلاف تعريفهم الاول .

ثالثا : تعريفها عند الشافعية :

قالوا : الوصية تبرع بحق مضاف الى ما بعد الموت . وهو يشبه تعريف الوصية عند الحنفية من حيث القيود التى اشتمل عليها التعريف ، كما يوجه اليه ما وجه الى تعريفهم من حيث

(١) راجع القياس فى الشرع الاسلامى .

أنه لا يشمل بعض اضرب الوصية التى جاء بها قانون الوصية
التى أسلفنا ذكرها *

رابعاً : تعريفها عند الحنابلة (١) :

عرفت فى بعض كتب المذهب بانها الأمر بالتصرف بعد
الموت * فشمل التعريف الايصاء بالمعنى اقامة وصى كان
يوصى شخصاً بالقيام على أولاده الصغار او بتزويج بناته
أو بتفريق ثلث ماله أو نحو ذلك * وعرف صاحب المغنى
وصاحب الشرح الكبير الوصية بالمال : فقالا : هى التبرع
بعد الموت * فما وجه الى كل من تعريف المالكية والشافعية
والحنفية يمكن توجيهه الى هذا التعريف ، وقال أبو الخطاب :
هى التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثالث - فعلى
قوله تكون العطية فى مرض الموت وصية * واعترضه صاحب
الشرح الكبير فقال : السحيح أنها ليست وصية لأنها تخالفها
فى الاسم ، والحكم فى أشياء ، سيأتى بيانها فى مبحث
(تبرعات المريض مرض الموت) *

وبالموازنة بين تعريفات الوصية فى مختلف المذاهب
الأربعة نخرج بثلاثة أمور :

الأول : أنها جميعها متقاربة فى المعنى والمقصد ، وان
كان التعريف الثالث - عند الحنفية - أدق وأضبط فى
الجملة *

الثانى : أن الوصية عند بعض الحنابلة وبعض المالكية
قد أريد بتعريفها عندهم ما يشمل الوصية بالمال ، واقامة
وصى عن الشخص بعد وفاته ليرعى ماله ، وأولاده الصغار *
الثالث : أنها جميعها قاصرة فلم تشمل كل ما جاء به
قانون الوصية المصرى الصادر فى سنة ١٩٤٦ من ضروب
الوصايا *

(١) الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٣٣ و ٤٣٤ ، وكتاب المغنى والفرج
الكبير فى فقه الحنابلة جزء ٦ ص ٤١٤ طبعة المنار *

**خامسا : تعريف الوصية كما جاء فى كتاب بداية المجتهد
ونهاية المقتصد :**

قال مؤلف هذا الكتاب - فى المعنى الذى يدل عليه
الوصية : « ان الوصية - فى الجملة - هى هبة الرجل
ماله لشخص آخر ، أو لأشخاص بعد موته ، سواء
اصرح بلفظ الوصية أم لم يصرح به » ، ومن الواضح انه
يريد بالهبة - فى التعريف - التبرع ، فكانه قال تبرع الرجل
بماله بعد موته لشخص أو لأشخاص وهو قريب من تعريف
الحنابلة للوصية بالمال ، الا أن تعريف الحنابلة أدق من
تعريفهم لأنهم لم ينصوا الوصية بالرجل اذ لا موجب لهذا
التخصيص .

سادسا : تعريفها عند الامام الشوكانى :

قال الشوكانى فى كتابه نيل الأوطار « شرح منتقى
الأخبار » مرقا الوصية :

هى - فى الشرع - عهد خاص مضاف الى ما بعد الموت ،
وهو بعمومه كما ترى يشمل كل شىء يوصى به الشخص بعد
وفاته ، ومنه اقامة وصى ، وهو قريب من تعريف القانون
لها ، وان كان التعريف القانونى - كما سترى بعد - أدق ،
وأضبط مع شموله ، وحسن صياغته ، ووقوفه عند الحد
المقصود ، وهو الوصية بالمال .

سابعا : تعريف القانون المصرى للوصية :

عدل قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عن تعريفات
الفقهاء ، وعن تعريف الوصية فى كتاب الأحكام الشرعية
لقدرى باشا وهو التعريف الثالث لعلماء الحنفية الذى مضى
ذكره - لما رأى من قصورها - أو من ادخال بعضها اقامة
الوصى فى تعريف الوصية مع أنه لا يقصد الا تعريف الوصية
بالمال ، وما فى حكمه من الحقوق - فجاءت المادة الأولى منه
بمعرفة الوصية بقولها : « الوصية تصرف فى التركة ، مضاف
الى ما بعد الموت » فكان تعريف القانون أجمع من التعريفات

السابقة لأنه يشمل كل ضروب الوصايا التي اشتمل عليها :
فهو يشمل التمليكات ، والاسقاط الذى فيه معنى التمليك.
كالوصية بالابراء من الدين . والاسقاط المحض كالوصية
بابراء الكفيل من الكفالة ، كما يشمل تقسيم التركة بين
الورثة ، والحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ، ولا اسقاطا ،
ولكنها متعلقة بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال ، والوصية
بأن يباع ماله من فلان (١) ، ويشمل أيضا بيان طريق
الوفاء بما على التركة من حقوق ان كان الموصى قد بين ذلك
الوفاء — فهذا وغيره يعد تصرفا فى التركة لأن كلمة تصرف
عامّة .

وتعريف القسانون — وان كان عاما من الناحية التي
ذكرناها لشموله كل ما تقدم بيانه — خاص بالنسبة لما ورد
فى تعريف بعض المالكية وفى تعريف الشوكانى : فان كلمة
« عهد » فى هذا التعريف تشمل الوصية بالمال ، وتشمل
اقامة وصى على الأموال والأولاد ، وغير ذلك . ولعل الشوكانى
اختارها على كلمة (تصرف) — حرصا منه على ادخال مفهوم
الوصية اللغوى — فى مفهومها الشرعى .

وواضح بعد ذلك أن كلمة (مضاف الى ما بعد الموت)
فى تعريف القانون لاختراج جميع التصرفات حال الحياة
فانها لا تسمى وصية ، وهذا محل اتفاق ، لا خلاف فيه ، أما
كلمة (التركة) فى التعريف فانه يراد بها كل ما يخلف فيه
الوارث المورث سواء أكان مالا أم منفعة أم حقا من الحقوق .
الأخرى المتعلقة بالمال ، التي تنتقل بالموت من المورث الى
الوارث — فخرج مالا يعتبر تركة من الحقوق التي لا تتعلق
بالمال ، ولا تنتقل من المورث الى السوارث — كحق الحضانة
والولاية على النفس ، والوكالة ، وسائر ما فوض الى المورث
من الولايات والمناصب ، فان ذلك لا تجرى فيه الوصية ..

(١) المذكرة التفسيرية للقانون عند ذكرها المادة الأولى منه .

ولا يدخل فى تعريف القانون - الوصية بمعنى اقامة وصى على اولاده الصغار لأن ذلك ليس محل بحث فى قانون الوصية بل له قانون آخر ، وهو الخاص باحكام الولاية على المال * ولم يرد مشرع القانون أن يبين على وجه التفصيل ماهى التركة ؟ فاقترحت مذكرته التفسيرية على المراد بها اجمالا فقالت : هى كل ما يخلف فيه الوارث المورث مالا كان أو منفعة ، أو حقا من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال ، التى تنتقل بالموت من المورث الى الوارث (١) * .

تبرعات المريض مرض الموت عند الفقهاء

وفى نظر القانون المدنى

هل تأخذ حكم الوصية ؟

١ - التبرعات المنجزة :

على ما ورد فى كتاب المغنى - مثل المحاباة ، والهبة المقبوضة ، والصدقة ، والعتق ، والوقف والابراء من الدين ، والعفو عن الجناية الموجبة للمال - ان صدرت فى الصحة من غير محجور عليه - فهى من رأس المال وقال صاحب المغنى : لا نعلم فى هذا خلافا (٢) ، كذلك نقل صاحب بداية المجتهد اتفاق العلماء على أن للانسان أن يهب فى حال الصحة واطلاق اليد جميع ماله للأجنبى (٣) * .

وبالرجوع الى مختلف المصادر يتبين أن الراى السابق هو مذهب جمهور الفقهاء ان كانت الهبات والعطايا لأجنبى ، وكانت صادرة فى حال الصحة من غير محجور عليه ، فله فى هذه الحالة أن يهب أو يتصدق بكل ماله ، ولو فعل ذلك نفذ

(١) من يرد مزيد بيان للتركة ، وتحديد معناها ، وبيان اختلاف وجهات النظر فيها فليراجع فى ذلك كتاب احكام التركات والموارث للعالم الجليل الاستاذ محمد أبو زهرة .

(٢) المغنى فى فقه الحنابلة ج ٦ ص ٤٩١ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ (كتاب الهبات) * .

تصرفه ، وذهبت طائفة من العلماء الى انه لا يحل للمرم أن يهب أو يتصدق بكل ماله ، وأنه يرد من حيف الناحل في حياته ما يرد من حيف الناحل في وصيته عند موته ، وليس له أن يتصدق بأكثر من ثلث ماله - قال بذلك عروة وابن شهاب ، وعمر بن عبد العزيز ، وجرى عليه طائفة من قدامى القضاة المجتهدين . وذهب ابن حزم الى أنه لا تنفذ هبة ولا صدقة لأحد الا فيما أبقي له ولعياله غنى ، وان أعطى مالا - لا يبقى لنفسه ولعياله غنى بعده - فسح كله (١) . ومما لا شك فيه أن هبة الشخص أو تصدقه بما يتركه أو يترك أولاده كلا على غيرهم لا يتفق مع روح الشريعة وما تقضى به العدالة .

أما العطية للأولاد - في حالة الصحة - فقد ذهب جمهور العلماء الى استحباب التسوية بينهم فيها ، فان فضل بعضهم على بعض صح مع الكراهة ، وحملوا الأمر بالتسوية الواردة في الحديث - على الندب ، كما حملوا النهي عن التفضيل على التنزيه (٢) وقال آخرون بوجوب التسوية بين الاولاد في العطية . وهو قول طاوس والثوري وأحمد وإسحق وبعض المالكية - قال في الفتح : والمشهور عن هؤلاء ان عدم التسوية يبطل العطية ، وعن أحمد تصح مع التفاضل ، ويجب ان يرجع عنه . ونقل عنه جواز التفاضل ان كان له سبب كان يحتاج الولد لزمانته دون الباقين . وحجة من أوجب التسوية بينهم في العطية جملة أحاديث وردت في هذا الشأن منها ما ورد « اعدلوا بين اولادكم في النحل كما تحبون أن يعدلوا بينكم في البر » وحديث « سوا بين اولادكم في العطية » (٣) . والامام الشوكاني بعد أن ذكر حجج الفريقين قال : فالحق أن التسوية واجبة ، وأن التفضيل محرم (٤) .

١: راجع المذكرة التفسيرية لعابون الوصف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ مادة ٢٣ وما بعدها .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٦٠ .

(٣) المصدر السابق ج ٦ ص ٨ .

(٤) المصدر السابق ص ٧ .

وهذا الرأى هو الذى ينبغى ترجيحه واختياره ، فان التفضيل
يؤدى غالبا الى التخاصم ، ويقطع الأرحام .

وان كانت التبرعات المنجزة فى مرض مخوف ، اتصل
به الموت - فهى من ثلث المال فى قول جمهور العلماء ان كانت
لأجنبى ، وحكى عن أهل الظاهر فى الهبة المقبوضة انها من
رأس المال . وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه
قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - « ان الله تصدق عليكم
عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » وهذا يدل
بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران بن
حصين أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد فى مرضه ،
ولا مال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله ، فجزأهم ثلاثة
أجزاء وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة « وإذا لم
ينفذ العتق مع سرايته ، فغيره أولى ، ولأن الظاهر من هذه
الحال الموت ، فكانت عطيته فيها فى حق ورثته كالوصية ،
فلا تتجاوز الثلث (١) .

٢ - حكم العطايا فى مرض الموت :

والعطايا فى مرض الموت المخوف تأخذ حكم الوصية فى
أشياء ، وتفارقها فى أشياء - على ما ورد فى كتاب المغنى
المذكور - فهى تأخذ حكم الوصية فى خمسة أشياء - أهمها :
أولا : وقف نفاذها على خروجها من الثلث ، أو على
إجازة الورثة ان زادت عليه .

وثانيا : عدم صحتها ان كانت لو ارث الا بإجازة بقية
الورثة .

وثالثا - أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت - لا قبله
ولا بعده (٢) .

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٩١ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق ، وانظر نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٧ .

وهى تفارق الوصية فى ستة أشياء ، منها الوجود
الأربعة الآتية :

الأول : انها لازمة فى حق المعطى ، فليس له الرجوع
فيها وان كثرت لأن المنع من الزيادة على الثلث انما كان لحق
الورثة لا لحقه - فلا يملك اجازتها ولا ردها * وانما كان له
الرجوع فى الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت - فقبل
الموت لا يوجد التبرع * أما العطية فى المرض فانها قد وجدت
من المعطى كما وجد القبول من المعطى والقبض - فتلزم
كالوصية اذا قبلت بعد الموت *

الثانى : ان قبولها على الفور فى حال حياة المعطى ،
وكذلك ردها ، والوصايا لا حكم لقبولها ولا لردها الا بعد
الموت ، وذلك لأن العطية تصرف فى الحال ، فتعتبر شروطه
وقت وجوده * والوصية تبرع بعد الموت ، فتعتبر شروطه
بعد الموت *

الثالث : ان العطية تفتقر الى شروطها المشروطة لها فى
الصحة ، ومنها انه لا يصح تعليقها على شرط وحرر - فى غير
العتق - والوصية بخلاف ذلك *

الرابع : ان الواهب اذا مات قبل تقبيلضه الهبة المنجزة
- كانت النخبة للورثة : ان شاءوا قبضوا ، وان شاءوا
منعوا * والوصية تلزم بالقبول بعد الموت من غير حاجة الى
رضاهم (١) *

٣ - أما القانونين المدنى فقد عرض للوصية فى المواد
٩١٥ ، ٩١٦ ، ٩١٧ * والظاهر من المادة ٩١٦ انها تعتمد
فى الحكم على تصرفات المريض مرض الموت المنجزة بأنها
وصية - على قصد التبرع منها ، وما يحيط بها من دلائل
وقرائن أحوال تدل على ذلك ، وهذا يكفى لاعتبار التصرف

(١) المبنى ج ٦ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ طبعة المنار والمذاهب التفسيرية لقانون الوفاء
رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ عند شرح المادة ٢٣ وما بعدها *

— متى كان قانونيا — مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية من كل وجه — ما لم يثبت من صدر له التصرف ما يخالف ذلك ، وهذه المادة ذات فقرات ثلاث :

الفقرة الأولى : تنص على أن كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع — يعتبر مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف . والفقرة الثانية منها تقضى بأن ورثة المتصرف عليهم أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت . وتضمنت الفقرة الثالثة أن الورثة اذا أثبتوا ذلك — اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع — ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك .

كذلك المادة ٩١٧ عرضت لتصرف آخر يعتبر وصية وان كان صادرا من الشخص في حال صحته ، وذلك اذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحياسة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، فان هذا التصرف — بما أحاط به من هذا الاحتفاظ — يعتبر في نظر القانون تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية — ما لم يقدّم دليل يخالف ذلك . وعند النظر الصحيح لا يعتبر هذا مخالفا للقواعد الفقهية فان الأمور بمقاصدها ، والعبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني .

مشروعية الوصية : دليلها — حكمها

شرعها الاسلام — عند توافر أسبابها ، وبواعثها الشرعية — لحكم جليلة ومقاصد شريفة ، تجمع بين مصالح العباد في الدنيا ، ورجاء الثواب والدرجات العالية في العقبى ، فهي قد شرعت لحاجة الناس اليها ، تمكيننا من العمل الصالح ، اذ بها يتمكن الانسان العاقل من تدارك ما فاتته من

الواجبات ، ومن أعمال البر والرحمة التي تعود على الأفراد والجماعات بالنفع الشامل ، والخير العميم ، وليكافىء من يكون قد أسدى إليه معروفًا ، ويستطيع بها أيضًا - على وجه خاص - أن يصل رحمه وأقرباءه الذين لا يرثونه ، فيسد خلة المحتاجين ، ويخفف الكرب عن اليتامى والمساكين ، والضعفاء والبائسين - على أن يلتزم في ذلك المعروف ، وهو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط ، وأن يتجنب الاضرار في الوصية - لما ثبت عن ابن عباس رضى الله عنه « الاضرار في الوصية من الكبائر » .

وجاء في الهداية ، وتبيين الحقائق ، وغيرهما : أن الوصية شرعت لحاجة الناس إليها - لان الانسان منرور بامله ، مقصر في عمله ، فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك فانه يحتاج الى تلافى ما فاته من التقصير . وبالوصية يحصل مقصوده اذا تحقق ما كان يخافه ، ولو اتسع له الوقت ، واحتاج الى الانتفاع بماله - صرفه الى حاجته - فشرعها الشارع تمكينًا من العمل الصالح ، وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح .

وقد نطق بها كتاب الله تعالى فقال : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وسنة رسوله - صلوات الله عليه - ففي الحديث : « ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ، ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم » ، وكذلك ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما حق امرئ مسلم يبني ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه الا ووصيته مكتوبة عند رأسه » (١) وليس المراد خصوص الليلتين ، بل الحث على المبادرة بكتابة الوصية . وقد أجمعت الأمة على مشروعيتها .

(١) ملتقى الأغنياء .

أركان الوصية

لما كان الشأن في العقود - ومنها الوصية انه لا يتأتى وجودها الا اذا كان هناك عاقدان ، ومعقود عليه وصيغة - قال كثير من الفقهاء : ان أركان الوصية أربعة (١) : موص ، وموصى له ، وموصى به ، وصيغة .

(أ) ركنها عند الحنفية : أما الحنفية فقد جروا على أصلهم في العقود عامة فقالوا ان للوصية ركنين : أحدهما الإيجاب من الموصى ، ويكون بكل لفظ يدل على التملك بعد الموت كقول الموصى أوصيت لك بكذا ، أو ملكتك هذا بعد موتى ، أو وهبته لك بعد وفاتي ، والآخر القبول من الموصى له ، غير أنه لا يعتبر الا بعد موت الموصى : فان قبلها الموصى له حال حياة الموصى أو ردها فذلك باطل لأن أوان ثبوت حكم الوصية بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبر ان قبل عقد الوصية وصار كما اذا قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم غدا فان ردها وقبولها قبل مجيء الغد باطل (٢) ، ولا كذلك العقود الأخرى ، فان القبول فيها لا يكون معولا عليه الا اذا صدر في المجلس الذي حصل فيه الإيجاب ولو حكما . وسبب انفرد الوصية بما ذكرنا أن التملك فيها لا يكون الا بعد وفاة الموصى فلا يعتبر القبول قبل ذلك .

والمراد بالقبول الذي عرفت وقته - ما يعم الصريح والدلالة . أما الصريح فواضح ، وأما القبول الدلالي أو الحكمي عند الحنفية فحيث يكون القبول الصريح متعذرا ، وحصرنا ذلك في ثلاث حالات :

الأولى : ما اذا مات الموصى له بعد موت الموصى بلا قبول

(١) كتاب بداية المجتهد ، والفتا على المذاهب الأربعة ج ٢ .

(٢) الزيلعي ج ٦ وتكملة فتح القدير ج ٨ .

ولا رد ، فانه يملك الموصى به بدون القبول استحسانا وينتقل الى ورثته •

والثانية : الوصية للجنين ، فان الوصية تدخل في ملكه متى استوفت شروط صحتها - من غير قبول استحسانا - لعدم من يلى عليه عندهم حتى يقبل عنه •

والثالثة : اذا كان الموصى له غير معين كالفقراء • واستظهر بعضهم أن القبول في هذه الحالات الثلاث ليس بركن ولا بشرط (١) فتتم الوصية وتفيد حكمها بايجاب الموصى وحده متى توفي مصرا على وصيته •

وفي غير هذه الحالات الثلاث يكون القبول ركنا في تعبير بعض علماء الحنفية ، وشروطا في تعبير بعضهم الآخر - غير أنه لا يعتبر شرطاً لصحة الوصية ، وانما هو شرط لثبوت أو لافادة الملك للموصى له (٢) ، حتى لا يملك قبل القبول الا في المسألة الأولى التي مضى ذكرها ، وبمراعاتها يكون الشرط - لانتقال الملكية عدم الرد • ولو تعدد الموصى لهم فقبل بعضهم ، ورد بعضهم فانها تبطل في حصة من رد وتصح في حصة من قبل • وما ذكرناه من أن ركنى الوصية الايجاب والقبول عند علماء الحنفية على التفصيل الذى سبق ذكره - أو أن ركن الوصية الايجاب ، وانما القبول شرط لثبوت أو لافادة الملكية - ما ذكرناه من ذلك - هو قول الامام وصاحبيه (٣) أبى يوسف ومحمد •

أما زفر فقد قال : الركن هو الايجاب من الموصى فقط ، ووافقه على ذلك نقلا عن كتاب الهداية - أحد قولى الشافعى : فعند الحنفية - ما عدا زفر - انما يملك الموصى به بقبول الموصى له ، ورأى زفر والشافعى فى أحد قوليه يملك بدون

(١) ابن عابدين الجزء الخامس ص ٤٣٠ المطبعة الميمنية •

(٢) العناية على الهداية ج ٨ ، وحاشية الشلى على الزيللى ج ٦ ص ١٨٤ نقلا عن

الافتاى •

(٣) البدائع ، والجزء الخامس من رد المحتار ص ٤٣٠ للعلامة ابن عابدين •

القبول لأن الوصية أخت الميراث إذ كل منهما خلافة ، ثم الارث
يثبت من غير قبول فكذلك الوصية •

أما دليل الامام وصاحبيه على أن القبول ضرورى لإفادة
الملكية فهو أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا اشترى المريض
شيئا ، ثم أوصى به لرجل فوجد به الموصى له عيبا بعد
تملكه ، فانه لا يملك رده على بائعه بهذا العيب • ولو كان
ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبتت له ولاية الرد
بالعيب كما فى الوارث ، هذا الى أنه لا يملك أحد اثبات
الملك لغيره بدون اختياره ولا كذلك الوراثه فانها خلافة من
كل وجه ، حتى تثبت فيها هذه الأحكام كالرد بالعيب ،
وتثبت الملكية فيها جبرا من الشرع من غير قبول ، ولانه لو
ثبت الملك بدون قبوله لتضرر به ، كما اذا أوصى له بحيوان
قليل النفع او لا نفع به فان نفقته واجبة عليه بلا منعه
تمود اليه (١) ، والضرر يزال •

وقد يوجه الى هذا الرأى أن الوصية استخلاف فى بعض
المال ، فلماذا لا تكون مثل الميراث فى مدكيتها بلا قبول ؟ ،
ويصح ان يجاب عن ذلك بأن الوصية ليست استخلاف من كل
وجه - كما فى الارث - بل لها شبهان : شبه بالهبة ، وشبه
بالميراث : فهى تشبه الهبة من حيث انها تملك بتملك الغير ،
وتشبه الميراث من حيث انها تملك بالموت • وانما كانت
استخلاف من وجه لأن الموصى يجعل الموصى له خليفته فى
بعض ماله ، فلشبهها بالهبة يشترط القبول مادام ممكنا من
الموصى له ، فلا تملك قبل القبول وترتد بالرد ، ولشبهها
بالميراث اكتفى فيها بالقبول من غير اشتراط قبض ، وسقط
اعتبار القبول اذا كان غير ممكن - عملا بالشبهين ، ولهذا
يسقط عند الحنفية بموت الموصى له قبل القبول •

(١) العناية والزيلعى •

وبالموازنة بين الرايين ودليليهما تتضح لك قوة الراى
الأول ، ولذلك نرى ترجيحه واختياره .

ومن تتمة البحث عند الحنفية التعرض هنا لامور ثلاثة :
الأول : ان ما قلناه من قبل من ان رد الموصى له الوصية
حال حياة الموصى باطل وأن له القبول بعد موت الموصى -
ليس محل اتفاق بينهم فقد خالف فى ذلك زفر قائلا . . اذا
رد الموصى له الوصية فى حال حياة الموصى فالرد صحيح مبطل
للوصية ، ولهذا لا يجوز قبوله بعد موت الموصى لأن ايجابه
كان فى حياته وقد رده ، الموصى له قبطل . وحجة الثانين
ببطلان الرد حال حياة الموصى هو ما سبق ذكره من أن أوان
ثبوت حكم الوصية - بعد الموت ، فلا يعتبر قبوله ولا رده
قبله كما لا يعتبران قبل عقد الوصية .

ولزفر ان يدفع حجتهم بان الوصية انعقدت بايجاب
الموصى ، فاذا ردها الموصى له - وان كان قبل موت الموصى -
فقد بطل هذا الانعقاد ، فلا يجوز قبوله بعد ذلك ، على انه
يجوز أن يكون للموصى له غرض صحيح فى رد الوصية حال
حياة الموصى فينبغى اعتبار رده تقديرا لعبارته وصونا لها
عن اللغو ، ومحافظة على مقصده من رد الوصية حال حياة
الموصى ، وقد يكون فى قبول رده حال حياة الموصى ما يمينه
على توجيه وصيته وجهة أخرى تكون اكثر فائدة وأعم نفعا ،
ولذلك فنحن نميل الى ترجيح رأى زفر . وان كان القانون
قد أخذ بغير رأيه كما فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤ ،
ونصها : « لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى » .

الثانى : قد تقرر فى المذهب الحنفى أن الموصى له يملك
الموصى به اذا مات بعد موت الموصى بلا قبول ولا رد ، فيدخل
الموصى به فى ملك ورثته استعسانا ، وأن موته بلا رد يعتبر
قبولا دلالة .

والقياس : أن تبطل الوصية لأن الملك موقوف على
القبول ، فصار كموت المشترى قبل قبوله - وبعد ايجاب

البائع - ، ووجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخل الموصى به في ملكه ، كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري ، فإنه إذا مات في مدة الخيار وقبل الاجازة فإن البيع يتم ، وتورث السلعة عن المشتري ، فكذاك الشأن في الوصية إذا مات الموصى له بلا رد ، ولأن الشرط في انتقال الملكية بالوصية ليس هو القبول ، بل عدم الرد وقد تم ذلك بموته بلا رد ، وإنما كان الشرط عدم الرد فقط لأن اشتراط القبول إنما هو لدفع مضرة المنة ، وما عساه يكون من مضار المون في العين الموصى بها ، وذلك يتحقق بعدم الرد ، فيكتفى به .

الثالث : من يعتبر قبوله ٤ : تلزم الوصية وتفيد حكمها : بوفاة الموصى من غير حاجة الى قبول الموصى له - عند الحنفية - إذا كان الموصى له جنينا ، أو قوما غير محصورين وكان في الوصية ما ينسب عن الحاجة كما إذا أوصى للفقراء أو اليتامى - أما في الجنين فلا لأنه ليس له ولي يقبل عنه (١) ، وأما في الوصية على غير المحصورين فلتعذر القبول ، وليس لواحد بعينه أن يتولى الرد بالنيابة عن الفقراء أو اليتامى ، وبعضهم يقول هنا ان القبول ليس بشرط ، وبعضهم يقول ان القبول موجود حكما أو دلالة .

ويكون القبول لازما لافادة الملكية ولزوم الوصية إذا كان الموصى له معينا بشخصه . وفي هذه الحالة يتعين أن يقبل بنفسه إذا كان ذا ولاية كاملة غير محجور عليه : فإن كان فاقد الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز - قبل عنه وليه المالي - وإن كان ناقص الأهلية كالصبي المميز - أو محجورا عليه لغفلة أو سفه - اعتبر قبوله لأن قبول الوصايا من التصرفات النافعة نفعا محضا ولا يعتبر رده لأنه ضار ضررا محضا - على ما هو مبين في كتاب الحجر .

(١) سيأتي توضيح ذلك في الوصية للحمل .

(ب) اجمال القول فى ركن الوصية عند غير الحنفية :

اشترط المالكية فى صيغة الوصية أن تكون بما يدل على الوصية، من لفظ صريح كأوصيت ، أو غير صريح ولكن يفهم منه الوصية بالقرينة كأعطوا منزلى هذا لفلان بعد موتى ، ومثل اللفظ الكتابة والاشارة المفهمة ولو كان الموصى قادرا على النطق (١) . أما القبول من الموصى له فهو شرط لتنفيذ الوصية بعد الموت ، ولا بد أن يكون القبول بعد الموت ، فإذا حصل القبول قبله - فإنه لا يفيد ، فهم فى ذلك كالحنفية . لكن إذا مات الموصى له قبل القبول فإن وارثه يقوم مقامه فى القبول ، وهم فى ذلك يخالفون الحنفية الذين يعتبرون موته بلا قبول ولا رد متمما للوصية مفيدا لحكمها قائلين ان الشرط فى هذه الحالة هو عدم الرد .

ويشترط لصحة القبول عندهم أن يكون حاصلا من الشخص الذى عينه الموصى إذا كان بالغاً رشيداً فإن لم يكن كذلك قام وليه مقامه فى القبول عنه . أما إذا كان الموصى له غير معين كالوصية للفقراء والمساكين فإن الوصية تصح بدون قبول لتعذر القبول فى هذه الحالة . كما فى المذهب الحنفى .

والشافعية يشترطون فى الصيغة أن تكون بلفظ يدل على الوصية سواء أكان صريحا أم كناية بشرط النية فى الكناية : فالصريح كقوله أوصيت له بكذا ، والكناية كقوله : هو له من مالى كذا بشرط النية ، ولا بد أن يكون القبول بعد الموت اذ لا تلزم الوصية الا بعده . والقبول يعتبر من الموصى له نفسه ان كان مع تعيينه مكلفا ، أما من ليس أهلا كالصغير والمجنون فإنه يقبل عنه وليه . وقد قرر بعض الشافعية ويوافقهم فى ذلك بعض الحنابلة أن الوصية للحمل تحتاج الى القبول ، ويكون الذى يتولاه هو الولي عليه بعد الولادة .

(١) الجزء الثالث من الفتاوى على المذاهب الأربعة للشيخ عبد الرحمن الجزيري .

وهذا أولى بالقبول من رأى الحنفية لأن الولادة ستقرر وجوده وصحة الوصية له ، وفى هذا الوقت سيكون له ولى يتولى شئونه ، فتجعل له ولاية القبول * وقد اخذ القانون فى الفقرة الاولى من مادته العشرين بذلك الرأى - غير ان عبارتها مطلقة لا تفيد تأجيل القبول الى ما بعد الولادة ، بل تجعل لوليه القبول أو الرد بعد اذن المجلس الحسبى ، وان كان ذلك قبل ولادته ، ولعل ذلك راجع الى أن القانون المصرى الخاص بأحكام الولاية على المال يفرض للحمل وصيا مختارا يقيمه الأب أو تقيمه المحكمة ، ويبقى وصى الحمل وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره * « المادتان ٢٨ ، ٢٩ » *

كذلك الشافعية يشترطون لثبوت الملك بالوصية اذا كانت لمن لا يحصون وكانوا ينتمون الى جهة لها من يمثلها ويتكلم باسمها كطلبة العلم بالأزهر ، أو كانت الوصية على جهة لها أيضا من يمثلها كمسجد له ناظر - اشترطوا لتمامها والالزام بها القبول من تلك الجهة *

والشيعة الامامية يوافقون الشافعية على هذا الرأى ، وينقل عنهم أيضا أنهم يشترطون للزوم الوصية اذا كانت لغير محصورين أو لجهات كمساجد ومدارس القبول من الناظر على الوقف ان كانت جهة وقف ، أو من الولي عليها أو الحاكم باعتباره المتكلم باسم الكافة (١) *

وقد استند القانون الى رأى الشافعية والشيعة فى بعض ما قرروه ، وذلك فيما جاء بالفقرة الأخيرة من المادة العشرين التى قضت بأن يكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا ، فان لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على القبول * وجاء فى المذكرة التفسيرية : « أنه يقبل عن تلك الجهات من يمثلها شرعا أو قانونا ، فان قبل الوصية لزم وثبت الملك ، وان ردها بطلت ،

(١) شرح قانون الوصية للأستاذ المحقق محمد أبو زهرة ص ٢٨ ، ٢٩ ، وقد اختلف الفقهاء فى الحد الفاصل بين من يحصون ومن لا يحصون : فقال الشافعية من لا يحصون هم =

ولا يعتبر القبول من الموصى لهم كطلبية المدرسة أو الموجودين بالمجأ أو المستشفى - أخذاً من مذهب الشافعية والزامية وقواعد الشريعة العامة « اهـ ، ولا شك أن المشرع فى ذلك سار على الأصول والمبادئ القانونية المقررة اذ هى تفرض أن الجهات والمؤسسات التى لها من يمثلها شخصيات معنوية لها ذمة صالحة للتعاقد ، تثبت لها الحقوق ، وتجب عليها الواجبات المالية ، ويدخل فى ضمانها المالى كل ما يترتب على أعمالها من مضار بالناس ، ومن أجل ذلك جعل لها القانون ولاية القبول أو الرد . ثم قالت المذكرة التفسيرية : « اذا لم يكن لجهات البر من يمثلها كالفقراء والحج ونحوهما فان الوصية تلزم بلاقبول ، ولا خلاف فى ذلك بين المذاهب » اهـ .

اما الحنابلة فقد اشترطوا ايضاً فى الصيغة ان تدل على معنى الوصية ، كما قالوا ان القبول يشترط فيه أن يكون بعد الموت ، ولا عبرة بقبول الموصى له او رده قبل الموت : فهم فى ذلك كالماذاهب السابقة . ويحصل القبول عندهم باللفظ كقبولت ، وبالفعل كأخذ الموصى به ونحو ذلك مما يدل على الرضا كبيع الموصى به وهبته ، ويجوز للموصى له التصرف فى الموصى به بعد ثبوت الملك بالقبول ولو لم يقبض .

وقد وافق أكثر الحنابلة الحنفية والمالكية فى لزوم الوصية اذا كان الموصى له جماعة غير محصورين كالفقراء والمساكين والعلماء من غير افتقار الى قبول - فقد جاء فى الجزء السادس من كتاب المغنى ص ٤٤١ - أن الوصية ان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ، ومن لا يمكن حصرهم كبنى هاشم، وتميم، أو على مصلحة مسجد أو حج - لم تفتقر الى قبول ولزمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم

= من لا يمكن استيعابهم الا بشئة وقال أبو يوسف : اذا كان الموصى لهم لا يحصون الا بكتاب - فهم لا يحصون . وقال محمد : من لا يحصون من بلغوا مائة ، ومن دون ذلك عددا فهم يحصون . وبعض المصنفين يقولون : يلوذ الأمر الى هذا الى القضاء . ورأى محمد هو الذى كانت تأخذ به المحاكم الشرعية .

متعذر فيسقط اعتباره ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولأن الملك لا يثبت لهم بالقبول ، بل يتبت لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضة مقام قبوله » .

كذلك قرر المذهب الحنبلي كما قرر غيره من المذاهب أن القبول أو الرد يكون للموصى له إذا كان معيناً بشخصه وكان ذا ولاية كاملة وغير محجور عليه . أما إذا كان في الموصى لهم من ليس أهلاً للتصرف فإن وليه هو الذي يقوم مقامه في القبول والرد ، وليس للولي أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فإن فعل غيره لم يصح : فإذا كان الحظ في قبولها فردها لم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك (راجع الجزء السادس من المغنى ص ٤٤٠) .

ولا شك أن هذا الرأي يخالف بعض ما ذهب إليه علماء الحنفية فانهم يرون صحة قبول الوصية من ناقص الأهلية كالصبي المميز ، ومن المحجور عليهم لسفه أو غفلة ، كما لا يجيزون ردها من الولي لأنها من العقود والتصرفات النافعة نفعا محضاً .

وقد جاء القانون في الفقرة الأولى من مادته العشرين - مقررًا « أن الموصى له إذا كان قاصراً أو محجوراً عليه بدون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ما له بعد إذن المجلس الحسبي » ، وجاء في مذكرته التفسيرية أن المادة قررت ذلك - أخذاً من مذهب الشافعية والمالكية في المحجور عليه .

وبالنظر فيما سبق ذكره في المذهب الحنبلي من « أن الموصى له إذا كان غير أهل للتصرف فإن وليه يقوم مقامه في القبول والرد ، وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فإن فعل غيره لم يصح » - يتضح أن اعتماد المادة المذكورة بالنسبة للمحجور عليه ينبغي أن يكون مؤسساً على مذهب أحمد بن حنبل أكثر من اعتمادها على مذهب الشافعية والمالكية فإن مذهب الحنابلة - على ما ذكره المغنى - صريح في أن للولي القبول والرد ، وأن رد الولي مقيّد بمصلحة

المولى عليه ، حتى اذا كان حظه فى قبولها فردها المولى لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك * ومثل ذلك ما قررته المادة بالنسبة للمحجور عليه * فانها جعلت القبول أو الرد لمن له الولاية على ماله ، ولكى تكفل الخير والنفع للمحجور عليه فى القبول أو الرد - اشترطت اذن المجلس الحسبى *

وقد يوجه الى القانون أن قبول الوصية يعتبر نفعا معنوا ، فكيف يتوقف قبولها من المولى على اذن المجلس الحسبى ، ويجاب عن ذلك بأن التبرعات قد تكون معنوا بالتزامات تذهب بجدواها ، وتجعلها عبئا على القاصر أو المحجور عليه ومن ثم جاءت المادة ١٢ من القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال - مصرحة بما يأتى :

« لا يجوز للمولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة باذن المحكمة » كما جاءت المادة ٣٩ من القانون المذكور قاضية بأن الوصى لا يجوز له مباشرة تصرفات معينة الا باذن من المحكمة ، وذكرت منها قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها - غاية ما يوجه الى قانون الوصية أنه كان يحسن أن تجيء المادة العشرون منه ملائمة ، ومتسقة مع ما جاء فى قانون أحكام الولاية على المال ، فلا يكون قبول المولى الوصية مقيدا باذن المحكمة الحسبية الا اذا كانت محملة بالتزامات معينة ، أو مقترنة بشرط ، ولكن قد يهون من شأن هذا التوجيه أن قانون أحكام الولاية على المال والذي اشتمل على المادتين المذكورتين ١٢ ، ٣٩ - جديد لم يصدر الا فى سنة ١٩٥٢ ، وقانون الوصية صادر قبل ذلك سنة ١٩٤٦ - على أنه كان من الأوفق عند وضع قانون الولاية على المال أن يراعى فيه ملامته لقانون الوصية ، أو تغيير مادة الوصية بما يجعل القانونين متلائمين متفقين تمام الاتفاق *

ج - رأى القانون فيما تنعقد به الوصية ، وما به لزومها ، وثبوتها :

الفقره الأولى من المادة الثانية من قانون الوصية قررت أن الوصية تنعقد بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة ، ثم جاءت الفقرة الأولى من المادة ٢٠ فاشتترطت للزوم الوصية وثبوت ملك الموصى به قبول الموصى له بعد وفاة الموصى صراحة أو دلالة • ويؤخذ من ذلك أن القانون فى هذا الشأن يتضمن ما يأتى :

أولا - أنه يعتبر الوصية تصرفا ينشأ بإرادة منفردة ، وهو إيجاب الموصى - غير أنه يجعل القبول بعد الوفاة شرطا للزومها وثبوت ملكية الموصى به وهذا كما لا يخفى - يوافق رأى كثير من الأئمة والفقهاء الذين سبق ذكر مذاهبهم •

ثانيا - تسويته فى انعقاد الوصية بين العبارة والكتابة لمن قدر عليهما •

وقد جاء فى المذهب الحنفى بالنسبة للوصية جواز انشائها بالكتابة ثم قراءتها عليه (١) ونقل ابن عابدين (٢) عن النهاية أنه اذا كتب وصيته بيده ثم قال اشهدوا على ما فى هذا الكتاب - جاز استحسانا ، وان كتبها غيره لم يجز •

وورد فى المدونة الكبرى - فى مذهب مالك - أن الشخص اذا كتب وصيته ولم يقرأها على الشهود ودفعها اليهم مكتوبة ، وقال اشهدوا على بما فيها ولم يعاينوه حين كتبها فان ذلك جائز اذا عرفوا أنه الكتاب بعينه :

وفى كتاب المغنى ، وكتاب الشرح الكبير فى فقه الحنابلة روايتان عن الامام أحمد : رواية تقول : ان من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها ، وعرف خطه ، وكان مشهور الخط - يقبل ما فيها • ووجه ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ما حق امرئ مسلم له شيء

(١) شرح قانون الوصية للعالم الأستاذ محمد أبو زهرة ص ١١ •

(٢) الجزء الخامس من رد المحتار ص ٤٣٠ الطبعة الميمنية •

يوصى فيه ، يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » ولم يذكر شهادة^(١)، ولأن الوصية يتسامح فيها ، ويصح تعليقها على الخطر والغرر ، وتصح للحمل وبالحمل ، وبما لا يقدر على تسليمه — فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث *

أما الرواية الأخرى عنه فهي أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه ، أو تقرأ عليه فيقر بما فيها . وبهذا قال الحسن والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي — لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة فكذا هاهنا (١) *

ولأن الرواية الأولى — في مذهب أحمد — صريحة في اعتبار الخط دليلاً على انشاء الوصية من غير حاجة الى الاشهاد ، ولما يؤخذ من الرواية الثانية عنه أنه يرى قبول الوصية المكتوبة اذا قرئت عليه فأقر بما فيها — استندت المذكورة التفسيرية الى مذهبه (٢) حينما عرضت لبيان الفقرة الأولى من المادة الثانية فقالت : « لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه ، بل يكفي أن يكتبها له غيره فيقرأها ، أو يقرأها له غيره فيوقع عليها — أخذاً من مذهب الامام أحمد بن حنبل ، فعنده الايجاب يكون بالقول أو بالفعل الذي يدل على الرضا ، والتوقيع عمل يدل على الرضا بالكتاب » *

ثالثاً : أن الموصى اذا كان عاجزاً عن العبارة والكتابة — اكتفى بالاشارة المفهمة في انشاء الوصية سواء أكان ذلك بسبب أنه أخرس أم بسبب أنه معتقل اللسان لمرضه ، وعدم جواز الوصية بالاشارة اذا كان الموصى قادراً على الكتابة هي رواية كتاب الأصل لمحمد — في مذهب الحنفية — لأن الكتابة

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٨٨ والشرح الكبير المطبوع مع المغنى ج ٦ ص ٤٢١ ، ٤٢٢ *

(٢) على أن انشاء الوصية بالكتابة يعتبر ميلاً مسلماً به في المذاهب الأخرى ، وإن اختلفت عليها في التفاصيل ونشأت شروط العمل بها *

تعبير بالقلم فهي كالنطق في قوة الدلالة ، والاشارة أضعف منها ، وهناك قول آخر في المذهب يقضى بالاكتفاء بالاشارة عند العجز عن العبارة وان قدر على الكتابة ، وهو رواية الجامع الصغير ، وذلك لأن العبارة هي الأصل في انشاء العقود فاذا لم تكن ممكنة ورخص له في غيرها قام كل ما يدل على العقد مقامها .

أما تسوية القانون بين الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذي لا يقدر على النطق - فهي مأخوذة من غير (١) مذهب الحنفية ، وذلك لأن مذهبيهم يقضى بأن معتقل اللسان لا تصح وصيته بالاشارة الا اذا امتدت عقلته فصارت له اشارة معهودة كالأخرس ، وقدز بعضهم الامتداد بسنة ، وروى عن أبي حنيفة : ان دامت العقله الى الموت يجوز اقراره بالاشارة ، والاشهاد عليه لأنه عجز عن النطق عجزا لا يرجى زواله فكان كالأخرس . (٢) . وبالنظر يتضح أن ما ذهب اليه القانون أولى بالترجيح والقبول لأنه كالأخرس في العجز عن النطق .

هذا ما قرره القانون بالنسبة لانشاء الوصية ، والوصيغه التي تنشأ بها فذكر انها العبارة أو الكتابة ، ثم الاشارة المفهمة اذا كان الموصى عاجزا عنهما ، ولم يشترط القانون شروطا أخرى رسمية للانشاء - وقد كان في مشروع الوصية قبل أن يصير قانونا اشتراط صدورها باشهاد رسمي ، أو بعقد عرفي يصدق فيه على توقيع الموصى أو ختمه حتى تساير الوصية العقود الأخرى كالوقف وهبة العقار ولكنه عدل عن ذلك في القانون - مراعاة للتوسعة والتيسير في الوصايا ، فان كثيرا منها في أبواب القربات فلا يصح التضييق في انشائها ، ولأن اجراءات التسجيل وما يشبهه قد تكون سببا في فوات الوصية اذ كثيرا ما تكون في وقت

(١) قالت المذكرة التفسيرية انه ملزم الشافعية كما يلهم من نقل الحنفية عنهم .

(٢) ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٥ .

اشتداد المرض ، أو فى أحوال حرجة ، لا تتيسر معها تلك
الاجراءات (١) .

من أجل هذا اكتفت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة
الثانية من القانون - بعدم سماع دعوى الوصية عند الإنكار
وبعد وفاة الموصى الأبقىود خاصة . وحكمة هذه القيود
الحرص على ثبوت الوصايا وتوثيقها ، وتقليل أسباب
النزاع فيها ، وإرشاد الموصين إلى الطريقة التى يحافظون
بها على وصاياهم . ونكتفى هنا بإيراد نص الفقرتين
لوضحهما :

« ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع
القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة
١٩١١ - إلا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع
تدل على صحة الدعوى » .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها
دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا اذا وجدت أوراق رسمية
أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاءه كذلك تدل
على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا
على توقيع الموصى عليها » .

أهم مواطن الاتفاق والخلاف فيما ذكر من ركن الوصية :

أهم مواطن الاتفاق بين الفقهاء : اتفاقهم على أنه لا بد
- لإنشاء الوصية - من إيجاب الموصى ، وأنه يكون بكل
ما يدل على معنى الوصية ، واتفاق جمهورهم على أن القبول
شرط للزوم الوصية أو لثبوت ملكية الموصى به بعد وفاة

(١) ومع عدول قانون الوصية عن اشتراط صدورها بأشهاد رسمي - تنبى ملاحظة
ما ورد فى قانون الشهر المصادى الذى نلذ من أول يناير سنة ١٩٤٧ أن الوصية لا تنتقل
بها الملكية فى المنار فى الوفيات الواقعة بعد ذلك التاريخ إلا بعد تسجيل ذلك النقل
وهذا - من لاله مبدأ مأخوذ به من كل أسباب نقل الملكية فى المنار .

الموصى (١) : واتفاقهم أيضا على أن القبول - عند من يقول بأنه ركن، أو شرط للزوم الوصية وإفادة الملكية - لا يعتبر إلا بعد موت الموصى ، فلا عبرة به فى حياته ، وعلى أن رد الوصية بعد وفاة الموصى ، وقبل القبول - مبطل لها ، لأنه يشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع ، وعلى أن القبول أو الرد لا يشترط أن يكون فور وفاة الموصى بل يثبت على التراخى ، وأن قبول الوصية عن المجنون والصبي غير المميز يكون ممن له الولاية عليه ، واتفاق جمهورهم على عدم اشتراط القبول إذا كانت الوصية للجهات بر ليس لها من يمثلها كالفقراء والحج .

أما مواطن الاختلاف فكثيرة ، ولكننا نخص منها بالذكر - عدا ما تقدم بيانه - المسائل الآتية :

المسألة الأولى : رد الوصية بعد قبولها :

إذا قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ، ثم رد الوصية بعد قبوله - فهل يصح إردده أم لا يصح ؟

فالشافعية والحنابلة اتفقوا على أنه لا يصح رده إذا كان بعد القبول والقبض لأن الملك قد ثبت بالقبول واستقر بالقبض ، فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فأشبهه رده لسائر ملكه - إلا أن يرضى الورثة بذلك فيكون هبة منه لهم تفتقر الى شروط الهبة ويأخذ رده كل أحكام التبرع المبتدئ الذى لا يرتبط بكون سبب ملكه وصية أو غيرها . أما رده بعد القبول ، وقبل القبض - فلأصحاب الشافعية وجهان (٢) : أحدهما أنه لا يصح الرد أيضا لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض ، والوجه الثانى صحة الرد من غير تفرقة بين المكسل والموزون وغيرهما ، وهو المروى عن الشافعية ، ووجهه أن القبض هو الذى يقرر الملكية ويثبتها،

(١) تقدم خلاف زفر فى القبول كما تقدم بيان رايه فى الرد حال الحياة .

(٢) المغنى جزء ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٣٨ .

فدان الرد قبله كالرد قبل القبول اذ ملك الموصى له لا يستقر على الموصى به قبل قبضه .

وعند الحنابلة يصح الرد ان كان الموصى به مكيلا او موزونا لأن المتلى لا يتعين تعيينا كاملا الا بالقبض ، فهو الذى يقرر الملكية فيه فيجوز الرد قبله ، وان كان الموصى به غير ذلك لم يصح الرد لان القيمى معين من غير حاجة الى قبض - فيكتفى فى تفريز الملكية فيه - بالقبول من غير حاجة الى قبض ، فلا يصح رده ويحتمل ان يصح الرد - بناء على ان القبض معتبر فيه .

وفى كل موضع صح الرد فيه - تبطل الوصية بالرد ، وترجع الى التركة ، فتدون للورثة جميعهم ، ولو عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه بالوصية المردودة كلها لم يكن له ذلك وكانت لجميعهم لأن رده امتناع عن تملكها فبقيت على ما كانت عليه ، ولأنه لا يملك دفعها للأجنبى فلا يملك دفعها الى وارث ينخصه بها ، وفى كل موضع لا يصح رده لاستقرار ملكه على الوصية - له أن يختص بها واحدا من الورثة لأن ذلك يعتبر منه ابتداء هبة ويملك دفعها الى أجنبى فكذلك يملك دفعها الى أحد الورثة ، (راجع المغنى ج ٦ ص ٤٣٨) .

أما الحنفية فقد رأوا صحة رد الموصى له الوصية بعد قبوله واعتبروه فسخا للوصية بشرط أن يقبل الورثة منه ذلك كلهم أو بعضهم ولو كان واحدا ، واذا رد بعض الوصية فكذلك يصح الرد فى هذا البعض ، وتفسخ الوصية فيما رد ويكون تركة ، وان لم يقبل منه ذلك أحد من الورثة بطل ردده . قال العلامة ابن عايدى - نقلا عن الأشباه - : واذا قبلها ثم ردها على الورثة - ان قبلوها انفسخ ملكه ، والا لم يجبروا . وانفساخ الوصية بقبول أحد الورثة نص عليه السرخسى فى المبسوط (١) .

وحجة الحنفية أن الرد على الورثة فسخ للوصية ، وهم قائمون مقام الموصى فإذا قبلوا الرد تم الفسخ بالتراضى ، وأحد الورثة يقوم مقامهم فى ذلك لأن كل وارث يصح ان يقوم مقام الموصى - فإذا ابوا جميعا الرد بطل رده ، لأن الرد فسخ للعقد فيجب أن يلاحظ فيه أصل انعقاده فان كان ينعقد بالايجاب والقبول ، فكذلك فسخه يجب أن يكون بالتراضى -

وبوجهة نظر الحنفية أخذ القانون : فقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ بأن الموصى له اذا رد الوصية كلها أو بعضها بعد الموت والقبول ، وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وان لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده (١) .

وبالموازنة بين رأى الحنفية ورأى غيرهم من الشافعية والحنابلة - يتضح ضعف الأساس الذى بنى عليه الحنفية رأيهم فى صحة رد الوصية بعد قبولها ، وهو اعتباره فسخا للوصية ، وذلك لأنه بموت الموصى وقبول الموصى له بعد موته - قد تمت الوصية ، وأفادت حكمها من ثبوت ملكية الموصى له بالتلقى عن الموصى لا عن الورثة : فاعتبار الرد فسخا فى حالة قبول الورثة الرد ضعيف من وجهين : الأول أن الموصى له لم يتلق الملكية من الورثة ، وانما تلقاها من الموصى ، وقد تمت الوصية بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، والثانى أنه فسخ مع غير من عقد الوصية ، وما كان يتصور فسخ للوصية مع الموصى حتى يقال ان الورثة حلوا محله فى ذلك ، لأنها لا تتم ، ولا تلزم الا بعد موته بشرط قبول الموصى له أو موته بلا رد - على ما سبق بيانه عند الحنفية - كذلك اشتراط القبض لعدم صحة الرد - على ما هو مبين فى مذهبي الشافعية والحنابلة - لا يظهر له وجه قوى "

(١) وجاء فى المذكرة التفسيرية ما يفيد أن رد بعض الوصية اذا قبل بفسخ الوصية فيما رد ويكون تركة .

لذلك نرى، ترجيح الرأى القائل بعدم صحة الرد بعدم القبول ، وان لم يوجد قبض - الا على انه تبرع مبتدأ فيأخذ حكم التبرعات المنشأة ، وان كان القانون قد اخذ بوجهة نظر الحنفية .

المسألة الثانية : موت الموصى له بلا قبول ولا رد :

اذا مات الموصى له بعد موت الموصى بلا قبول ولا رد - فتد رأى الامام أبو حنيفة وصاحبه - على ما سبق بيانه - ان ذلك يعتبر قبولا دلالة لأن الشرط عدم الرد ، فتتم الوصية ويدخل الموصى به فى ملك ورثته استحسانا ، والقياس أن تبطل الوصية ، وقد سبق بيان وجه كل من الاستحسان والقياس عندهم .

ويخالف الحنفية فى ذلك الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد - على التفصيل الآتى :

أما المذهب المالكى والحنبل فى كل منهما راىان : أحدهما أن الوصية تبطل فى هذه الحالة كما قال الحنفية : ان القياس يقضى ببطلانها ، وان لم يأخذوا بالقياس - وحجة هذا الرأى أن الوصية عقد يفتقر الى القبول ، فاذا مات من له القبول قبله - بطل العقد كالهبة ، وهو قياس المذهب الحنبلى لأن حق الموصى له فى القبول أو الرد حال حياته - خيار لا يعتاض عنه ، فبطل بالموت كخيار الشرط والمجلس ، وخيار الأخذ بالشفعة وببطلان هذا الخيار بموت الموصى له وعدم انتقاله الى ورثته - تبطل الوصية .

والرأى الآخر هو انتقال الحق فى القبول أو الرد الى ورثة الموصى له . وهو رأى الشافعى ، وهذا الرأى الثانى يتنصن امرين : أحدهما عدم بطلان الوصية بموت الموصى له بلا قبول ولا رد ، والآخر انتقال حق القبول أو الرد الى ورثته . أما الأول فدليله هو أن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين « وهو الموصى ، اذا مات مصرا عليها » - فلا تبطل بموت من له الخيار ، كعقد البيع اذا شرط فيه الخيار

لأحدهما ، ولأنها عقد لا يبطل بموت الموجب له - فلا يبطل بموت الآخر . وهذه الحجة ضعيفة - لأن قياس أحد الطرفين على الآخر - قياس مع الفارق ، وذلك لأنه فى حالة موت الموصى انما لزم الوصية بالنسبة له لأنه مات مصرا على ايجابه ، ولم يرجع فى وصيته . ولا كذلك اذا مات الموصى له بلا قبول ولا رد : فانه لم يصدر منه قبل موته ما يدل على أحدهما دلالة محققة ، ولهذا اذا قيل ان الوصية - فى هذه الحالة - تبطل لم يكن ذلك بعيدا عن القواعد الفقهية ، وذلك ما يوافق أحد الرأيين فى مذهب الامام أحمد .

ودليل الأمر الثانى أن القبول أو الرد حق ثبت للمورث ، فيثبت للمورثة بعد موته - لأنهم خلفاؤه ، وذلك لأن هذا الحق يشبه خيار الرد بالعيب ، وللأثر المروى : « من ترك حقه فلورثته » وما قاله الحنفية يرد عليه بأن الوصية عقد يفتقر الى قبول الممتلك - فلا يلزم قبل القبول - كالبيع والهبة . وللحنفية أن يدفعوا ما وجه اليهم بوجود القبول دلالة . وبأن الشرط عدم الرد ، وقد تحقق بموته بلا قبول ولا رد . وللشافعية أن يؤيدوا وجهة نظرهم بأن الموصى له قد مات بلا قبول محقق منه ، ولا رد - فلو ألزمت ورثته بالوصية - لتضرروا بذلك فى حالة ما اذا كانت الوصية محملة بالتزامات ، أو كان الموصى به قليل النفع ، كثير المئونة - فوجب لذلك أن يكون لهم حق القبول والرد .

وبناء على القول بأن الوارث يقوم مقام الموصى له فى القبول والرد - تبطل الوصية ان ردها ، وتصح ان قبلها ، ويثبت الملك بها ، وان كان الوارث جماعة - اعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فان رد بعضهم ، وقبل بعضهم - ثبت للمقابل حصته ، وبطلت الوصية فى حق من رد . فان كان فيهم من ليس من أهل التصرف - قام وليه مقامه فى القبول

والرد - غير أنه ليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فان فعل غيره لم يصح (١) .
وعندنا أن رأى الحنفية ، ورأى الشافعى - وهو الرأى الثانى للحنابلة - متكافتان من الوجهة النظرية .

وقد اختار القانون رأى الامام الشافعى ومن وافقه - فى مادته الواحدة والعشرين ، ونصها : « اذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه فى ذلك » .
ولما كان القبول أو الرد سواء أكان من الموصى له ، أم من ورثته لا يشترط أن يكون من فور وفاة الموصى ، بل يثبت على التراخى ، وقد يترتب على التأخير - اذا طالت مدته - ضرر بورثته الموصى ، أو الموصى به نفسه ، ويعتبر الموصى له بعدم قبوله ورده معطلا للموصى به - لما كان الأمر كذلك ورد فى مذهب الاماميين أحمد والشافعى - ان الموصى له اذا لم يقبل ولم يرد - كان لورثة الموصى ان يطالبوه بالقبول أو الرد ، فان امتنع من القبول والرد - حكم عليه بالرد - لان الملك متردد بينه وبين الورثة ، فوجب القطع فى تعيين مالكة ، وذلك كمن يحجر أرضا لأحيائها ، لكنه امتنع عن أحيائها ، فيقال له : اما أن تحيى الأرض التى حجرتها ، واما أن تتركها لغيرك ينتفع بها .

وقد رأى قانون الوصية أن يعتمد على ذلك - فجعل لورثة الموصى ، أو لمن له تنفيذ الوصية الحق فى طلب القبول أو الرد - بإعلان رسمى - فى مدة معلومة - حددها القانون بثلاثين يوما كاملة ، فاذا لم يجب الموصى له أو ورثته بالقبول أو الرد كتابة دون عذر مقبول - اعتبرت الوصية باطلة .
وقد عرضت المادة ٢٢ لبيان ذلك ، فقالت : « لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت » . ومع ذلك تبطل الوصية اذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له

(١) راجع لى ذلك المنس ج ٦ ص ٤٣٩ ، ٤٤٠ وشرح قانون الوصية للمام المحقق الأستاذ أبو ذهرة .

بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية ، وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ، ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول ، وهذا حكم عادل ونظام حسن تتحقق به مصالح الناس ، وتدفع به المضار عنهم .

المسألة الثالثة

وقت ثبوت الملكية - زوائد الموصى به :

قلنا فيما سبق ان جمهور الأئمة والفقهاء على أنه بقبول الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى تلزم الوصية ، وتمييد حكمها من ثبوت الملكية له ، ولكنهم اختلفوا في الوقت الذي تثبت له فيه هذه الملكية ، واختلفوا تبعا لذلك - فيمن يكون له نماء الموصى به وزوائده ، ونحن نلخص اختلاف وجهات نظرهم فيما يأتي :

أولا : مذهب الحنابلة : أرجح الأقوال عندهم أن الملكية تثبت من وقت القبول فلا وجود لها قبله ، وذلك لأن القبول شرط لثبوت الملكية بالإيجاب فهو شرط لتحقيق موجب السبب ، وحينئذ لا يمكن أن تكون الملكية قبل القبول لأن السبب وهو ايجاب الموصى لا يتحقق موجبه بدونه ، أو لأن القبول من تمام السبب للملكية ، فلا تقدم الملكية على سببها ، فالسبب ليس بالإيجاب والوفاء فقط ، انما السبب هو الايجاب والوفاء والقبول ، ولا تثبت الملكية قبل تمام سببها وقد وافق على هذا الرأي بعض المالكية . كما وجد عند الشافعية (١) .

أما ملكية الموصى به في الفترة التي بين وفاة الموصى وقبول الموصى له فقد اختلف فيها - عند أصحاب هذا الرأي -

(١) شرح قانون الوصية للملازمة الاستاذ محمد أبو زهرة .

فقليل انها تستمر للموصى حتى تثول للموصى له بقبوله ،
وقيل تكون للورثة . وعلى أية حال فنماء الموصى به وزيادته
قبل القبول تكون ملكا لورثة الموصى - على هذا المذهب لأنه
نماء ملكهم .

ثانيا : مذهب الشافعية : اصح الاقوال عند الشافعية :
أن الملية تبتدىء من وقت الوفاة ، ولكن لا تثبت الا بالقبول :
فقبل الثبول لا تثبت ملكية للموصى له . اما بعد القبول
فانها تثبت الى وقت الوفاة ، وكان الملية فى الفترة التى بين
الوفاة والقبول متوقفة تحتل الثبوت للورثة او للموصى له ،
فان قبلت ألت الملكية الى الموصى له مستندة الى وقت وفاة
الموصى ، وان لم تقبل ألت التركة كلها الى الورثة ومنها
الوصية من وقت الوفاة أيضا . ولا يتوجه الاعتراض بأن
العين فى هذه الفترة لا مالك لها - لأن لها مالكا وان كان غير
معروف ، وقبول الوصية بعد ذلك أو ردها هو الذى سيبينه
ويعينه .

فالقبول - على هذا الرأى - يكون شرطا للزوم الوصية ،
وليس بجزء متمم لها ، اذ السبب الموجد للملكية هو ايجاب
الموصى فقط ، ولكن يشترط لاعمال ذلك السبب قبول الموصى
له بعد الوفاة ، وهذا لأن الملك بالوصية مضاف الى الموت ،
فتنفيد هذا التصرف يكون عند الموت وان تأخر القبول ،
وكان الموصى له بقبوله - قد قبل ملكا مضافا الى وقت الموت،
وذلك كالمقد الموقوف على اجازة صاحب الشأن ، فانه ان
أجازه اعتبرت الاجازة تنفيذا للمقد من وقت انشائه لا من
وقت اجازته .

وبناء على ذلك تكون زوائد العين الموصى بها - اذا حدثت
بعد الوفاة وقبل القبول - ملكا للموصى له لأنها تعتبر نماء
ملكه الخاص ، ولا تعتبر وصية . ومن باب أولى تعتبر ملكا
له اذا حدثت بعد القبول وقبل القسمة أو بعدها .

وهذا الرأى هو ما أخذ به قانون الوصية فى الفقرة

الآخيرة من المادة ٢٥ - التي قررت أن زوائد الموصى به من حين الملك الى القبول تكون للموصى له ولا تعتبر وصيه - اخذا من مذهب الشافعي ، كما قررت ان نفقه الوصيه وروايتها في هذه المدة تكون على الموصى له لانها نفقه ملحه . اما وقت الملك فقد عرضت لبيانها الفقرة الأولى من المادة المذكورة اذ قضت بان الموصى له يملك الوصية بالقبول من حين الموت اذا كان الموصى له موجودا وقته وكانت الوصية مضافة الى الموت نفسه غير متأخرة عنه ، « وهو ما يوافق مذهب الشافعية والحنفية » أما اذا كان الموصى له غير موجود حين الموت ، او كانت الوصية مضافة الى وقت معين بعده - فان الملك يثبت بالقبول من حين وجود الموصى له في الحالة الأولى ، ومن حين الوقت المضاف اليه في الحالة الثانية - أخذا من مذهب المالكية - على ما ذكرته المذكورة الايضاحية عند شرحها للمادة ٢٥ من القانون .

ثالثا : مذهب الحنفية : أن الموصى به انما يملك بقبول الموصى له بعد موت الموصى . ولم يخالف في ذلك الا زفر على ما سبق بيانه - ومع ذلك فالقبول ليس بشرط لصحة الوصية (١) ، وانما هو شرط لثبوت الملك أو افادته للموصى له ، ومتى استفاد الموصى له الملكية بالقبول استندت الى وفاة الموصى ، كما هو مذهب الشافعية الذي بيناه من قبل - فان لم يقبل بعد الموت كانت الوصية موقوفة على قبوله : ليست في ملك الوارث ، ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت فلا قبول ولا رد (٢) .

والحنفية - وان اتفقوا مع الشافعية على استناد ملكية الموصى له للوصية بالقبول الى وقت الوفاة - يختلفون معهم في زوائد الموصى به لأن لهم وجهة نظر أخرى ، وهي أن التركة - قبل القسمة - ومنها الموصى به مبقاة على حكم ملك الميت ، حتى يقضى بها ديونه ، وتنفذ منها وصاياه (٣)

(١) شرح العناية على الهداية ج ٨ ص ٤٣٠ .

(٢) حاشية الشلبي على الزيلعي ج ٦ ص ١٨٤ ورد المختار ج ٥ ص ٤٣٥ .

(٣) الهداية والبدائع وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٩٥ .

فتسرى الوصية الى الزيادة اذا حدثت قبل القسمة (١) ،
ومعنى ذلك أن ملكية الموصى له للوصية بالقبول لا تتقرر
بصنة ثابتة الا بعدها •

وحينئذ فزوائد الموصى به ، بالولادة اذا حدثت قبل
موت الموصى - فهي لورثته حتما لأن ملكيته للموصى به - قبل
وفاته ثابتة بيقين • واذا حدثت بعد الوفاة ، وبعد قبض
الموصى له والقسمة فهي للموصى له بيقين أيضا لأنها نماء
خالس ملكه لتقرر ملكه فى الوصية بعد القسمة (٢) •

أما اذا حدثت بعد الموت وقبل القسمة سواء اكان
حدوثها قبل القبول أم بعده - فانها تدخل فى الوصية وتصير
موصى به حتى يعتبر خروجها من الثلث ، وهذا على رأى عامة
المشايع ، وهو ما أيده فى البدائع بقوله : « والأولى أن يقال
ان القبول وحده ليس كافيا لتنفيذ الوصية ، بل تنفيذها
بالقسمة ، فتبقى التركة على حكم ملك المتوفى الى أن تنفذ
الوصايا ، فيحل الموصى له والورثة محله ، ويكون ذلك
مستندا الى وقت الوفاة » •

وعلى ما ذكره القدورى لا تكون الزوائد الحادثة بعد
القبول داخلة فى الوصية ، بل تكون للموصى له وتعتبر نماء
ملكه ، وان كانت قبل القسمة ، ولنا أن نستنتج - بناء على
ما ذكره القدورى - أن التركة بالنسبة للوصية تبقى على
حكم ملك الميت الى أن يقبل الموصى له ، فاذا قبل تقرر
ملك الموصى له للوصية وان كان ذلك قبل القسمة • فاذا
حدثت الزيادة بعد القبول وقبل القسمة كانت نماء مكله ،
فلا تعتبر موصى به (٣) وتكون هذه وجهة نظر أخرى لبعض
علماء الحنفية •

(١) كما يفهم ذلك من المسألة •

(٢) شرح الهداية •

(٣) رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٤٤٩ •

ولتوضيح ما سبق نذكر المثال الآتي :
إذا أوصى شخص بفرس فولدت مهرا - فهذا أربع حالات :

الأولى : أن تلده قبل موت الموصى - فيكون لورثته .
الثانية : أن تلده بعد قبول الموصى له وبعد القسمة -
فيكون للموصى له لأنه نماء ملكه .
الثالثة : أن تلده قبل القبول وقبل القسمة ، وفي هذه
الحالة تسرى الوصية الى الولد ، فان خرجت الفرس وولدها
من الثلث كما اذا ترك سبتين جنيها وكانت قيمة الفرس
عشرين ، وقيمة ولدها عشرة - فهما للموصى له . وان لم
يخرج من الثلث ولم تجز الورثة الزيادة كما اذا ترك سبتين
جنيها وكانت قيمة الفرس ثلاثين جنيها وقيمة ولدها ثلاثين
ايضا - ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا
في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة : يأخذ ذلك من
الأم أولا ، فان فضل شيء أخذه من الولد ، ففي المثال المذكور
يكون للموصى له على رأى الصاحبين ثلثا كل واحد منهما ،
وعلى رأى الامام تكون له الأم وثلث الولد . وحجة الصاحبين
أن الولد دخل في الوصية تبعا جابل اتصاله بها ، فلا يخرج
عن الوصية بالانفصال ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من
غير تقديم الأم كائن الوصية وقعت بهما جميعا ، وحجة الامام
أن الأم أصل ، والولد تبع في الوصية ، والتبع لا يزاحم
الأصل ، ولو نفذنا الوصية فيهما جميعا لانتقضت الوصية
في بعض الأصل وذلك يجوز .

الحالة الرابعة : أن تلده بعد القبول وقبل القسمة ،
وهي مثل الحالة الثالثة في الحكم - على رأى عامة المشايخ ،
فيصير الولد موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا
ولدت قبل القبول ، وعلى ما ذكره القدوري لا يصير موصى به
ولا يعتبر خروجه من الثلث فيكون للموصى له من جميع
المال كما لو ولدت بعد القسمة .

ومثل الزيادة - بالولادة - الزيادة بالغلة والكسب فيما ذكر (١) ، وهذا أيضا على رأى عامة المشايخ .

أما القدورى فقد ذكر أن الزيادة بالغلة والكسب اذا حدثت بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له الوصية - لا تصير موصى بها ، حتى كانت للموصى له من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة (٢) - فعلى ما ذكره القدورى تعتبر الزيادة بالغلة والكسب ملكا للموصى له وان كان حدوثها قبل القبول ، ولا تعتبر وصية . وهذا ما يوافق رأى الشافعية الذى أخذ به القانون ، كما بينا من قبل (٣) .

رابعاً : مذهب المالكية : اختلفت الاقوال فيه : فقيس ان الملكية تبتدىء وتثبت من وقت الوفاة - كما قال الشافعية ، وقيل تثبت من وقت القبول كأرجح الأقوال عند المناظرة (٤) : فاذا مات الموصى وتأخر القبول بعد موته زمنا ارتفعت فيه قيمة الموصى به - فهل الزيادة تكون حقاً للموصى او للموصى له ؟ اختلفت المالكية فى ذلك على أقوال ثلاثة :

أحدها : أنها كلها لورثة الموصى ، وثانيها : أنها للموصى له ، وثالثها : أن للموصى له ثلثها فقط . فاذا أوصى لشخص ببستان يساوى ألف جنيه - وكان ذلك يعادل ثلث ماله - ثم مات الموصى وتأخر قبول الموصى له حتى أثمر البستان فزاد ثمنه مائتى جنيه فأصبح يساوى ألفا ومائتى جنيه ، ثم قبل الموصى له الوصية بعد ذلك - فعلى القول الأول وهو الذى يعتبر الملكية من وقت القبول يكون للموصى له خمسة أسداس البستان وهو ألف لأن السدس الذى زاد - وهو يعادل مائتى جنيه - حدث قبل قبوله فيكون حقاً لورثة الموصى .

(١) الزمامى ج ٦ ص ١٩٥ والدر المختار . . .

(٢) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٩٩ للآ من الهندية .

(٣) السنن كذا من الصعوبات فى الوصايا الى هذه النتائج لاضطراب النصوص واخلاف احكام الفروع .

(٤) شرح قانون الوصية . . . ٢٤٤ ، ٢١٥ .

وعلى القول الثانى : وهو الذى يعتبر ثبوت الملكية بوفاة الموصى - يكون البستان الذى يساوى ألفا مع المائتين الزائدين حقا للموصى له ، وهو واضح ، وعلى القول الثالث يكون للموصى له الأصل وهو يساوى الألف ، وثالث الثمرة لأنه وان ثبتت ملكيته بموت الموصى - كما فى القول الثانى - يعتبر القبول فى تنفيذ الوصية : فالزيادة الحادثة قبل القبول تعتبر تركة فيستحق الموصى له ثلثها ، والورثة ثلثيها ، وقالوا ان ذلك أعدل الأقوال وأشهرها وعلى ذلك يأخذ الموصى له ألفا مع ثلث المائتين (١) .

وبالموازنة بين المذاهب الأربعة فى وقت ثبوت الملكية وفى الزوائد - يتضح يسر المذهب الشافعى وسهولة تطبيقه ، وان كان المذهب الحنفى أدق . ولو أخذنا بما ذكره القدورى فيه لضاعت شقة الخلاف بين المذهبيين .

صيغة عقد الوصية

ذكر علماء الحنفية أن صيغة العقد - من حيث هى - قد تصدر مطلقة من كل قيد ، وقد تصدر مقيدة بشرط . أو مضافة الى وقت مستقبل ، أو معلقة - على شرط أو حادثة - وعلى هذا ينقسم العقد الى أقسام أربعة :

الأول : العقد المنجز : وهو ما صدر بصيغة مطلقة غير معلقة - مثل قولك لآخر بعثك منزلى هذا بكذا وقول الآخر قبلت . وحكم هذا العقد ترتب آثاره عليه فى الحال متى كان صحيحا مستوفيا لكل شروطه .

وكل العقود تقبل التنجيز الا عقد الوصية والايضاء ، فانهما لا ينعدان بصيغة منجزة لأنه مأخوذ فى مفهوم كل منهما الاضافة الى ما بعد الموت .

(١) الجزء الثالث من كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٤٢ . ٤٤٣ .

الثاني : العقد المعلق : وهو ما رتب وجوده على وجود شيء آخر كقولك لآخر : اذا لم يحضر وكيلى فلان من السفر قبل انتهاء هذا الشهر فأنت وكيلى بدلا عنه .

وحكم العقد المعلق أن اثره . لا يترتب عليه الا وقت وجود الشيء المعلق عليه أما قبله فلا . ولا يعتبر التعليق حقيقيا الا اذا كان التعليق فيه على امر يتوقع وينتظر حصوله فى المستقبل كما فى المثال المذكور . وهذا بخلاف التعليق على امر هو حاصل وواقع فان التعليق حينئذ صورى وهو فى الحقيقة تنجيز ، وبخلاف التعليق على امر مستحيل كقولك لآخر ان شربت البحر وهبت لك كذا . وهذا الكلام لا يترتب عليه شيء اذ الغرض منه أن تؤكد عدم هبتك .

والوصية من العقود التى يصح تعليقها على الشرط .

الثالث : العقد المضاف الى المستقبل - وهو ما صدر

بصفة مضافة الى وقت مستقبل كقولك لشخص أجرت لك منزلى هذا من اول الشهر القادم وحكمه أنه ينعقد الآن ، لكن لا يترتب عليه استحقاقك لسكنى الدار الا فى اول الشهر ، أى فى الوقت المضاف اليه العقد .

والعقود من حيث اضافتها الى الميستقبل تنقسم ثلاثة أقسام : مالا يكون الا مضافا الى الميستقبل كالوصية والايصام على ما سبق ذكره ، وما يجوز اضافته الى المستقبل ويجوز تنجيذه وهو يشمل ما به تمليك المنافع حال حياة المالك كالاجارة والاعارة ، وما لا تجوز اضافته الى المستقبل أصلا : كالبيع والزواج .

ومع أن الوصية عقد مضاف الى وقت الموت - تصح مع هذا اضافتها الى وقت قبل الموت ، والى وقت بعده (١) .

(١) انظر المحرر فى الوصية . الوصية على من يعطىها المات . الرابطة .

الرابع : العقد المقترون بالشروط وهو الذى تصدر فيه الضيعة منشئة للعقد على أن يكون متقيدا بشرط معين ، أو بعبارة أخرى ما صدر فيه الإيجاب أولاً غير مقيد بشيء ثم أعقب بشرط زائد عليه (١) - كأن يقول شخص لآخر بعتك منزلى هذا بألف جنيه بشرط أن تزوج ابنى بنتك ، فيقول الآخر قبلت .

وقد قسم الخنفيه الشرط المصاحب للعقد الى ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل .

فالصحيح : هو ما يقتضيه العقد بحيث لو لم يذكر لكان الوفاء به واجبا بمقتضى العقد نفسه - مثل اشتريت منك هذه الخرس على أن تسلمها لى متى أديت اليك الثمن ، وكاشتراط تسليم الوصية للموصى له بعد موت الموصى . أو يؤكد موجبه ، مثل تزوجتك على أن يكفل لى أبوك بالمهر وبما يجب لى عليك من النفقة . أو يكون قد ورد به الشرع - كاشتراط الخيار فى البيع أو اشتراط تأجيل الثمن . أو جرى به العرف المعتبر شرعا مثل أن يشتري ساعة على أن يقوم البائع بأصلاحها لمدة خمس سنوات - كلما احتاجت الى الاصلاح فى هذه المدة .

والشروط الفاسدة : ما كان زائدا على ما يقتضيه العقد ، غير موافق لما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وفيه نفع لأحد العاقدين أو لانسان غيرهما - مثل بعتك هذا المنزل بشرط أن أسكن فيه ثلاثة أشهر بالمجان بعد البيع ، وكمن يوصى لشخص بثلاث ماله على أنه اذا مات الموصى له وبقي من الوصية شيء كان لفلان ، ولا يكون لورثة الموصى له لأن الوصية عقد تمليك ، والموصى له اذا ملك الوصية كان ملكه تاما ويورث عنه ، فاشتراط أن يكون الباقي منها بعد الموت لشخص آخر لا لورثة الموصى له ينافى مقتضى العقد .

(١) ولا كذلك الملق ، لأنه ما رتب فيه وجود العقد على وجود شيء آخر .

والشرط الباطل : ما كان مخالفا لمقتضى العقد ، زائدا على ما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا لانسان غيرهما — مثل يمتك هذا الكتاب بشرط أن تحرقه ، أو بشرط ألا تقراه الا كل سنة مرة ، وأوصيت لك بهذه الأرض بشرط ان تزرعها بنفسك .

والعقود من حيث اقترانها بالشرط تقسم قسمين :

الأول : يشمل العقود التي يختلف حكمها باختلاف ما يصاحبها من الشروط : فاذا اقترنت بالشرط الصحيح صحت هي ووجب الوفاء بالشرط ، واذا اقترنت بالشرط الفاسد فسدت تبعا لفساد الشرط ، واذا اقترنت بالشرط الباطل صحت هي ، وبطل الشرط فقط ، وينتظم هذا القسم كل ما كان مبادلة مال بمال كالبيع ، أو مبادلة مال بمنفعة كالاجارة .

الثاني : يشمل العقود التي تصح اذا اقترنت بالشرط مطلقا فان كان منجبا صحت مع الشرط ووجب الوفاء به ، وان كان فاسدا أو باطلا لم يؤثر في العقد ، فيصح العقد ويلغى الشرط ، ويدخل تحت هذا القسم العقود التي لم تدخل تحت القسم الأول مما ليس فيه مبادلة مالية ، ومنها النكاح والوصية . هذا هو مسلك الحنفية في تقسيم الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم ، وبيان ما يصح منها وما لا يصح ، وما يؤثر منها في صحة العقود وما لا يؤثر . والعقود التي تؤثر فيها الشروط الفاسدة والعقود التي لا تتأثر بها . ووقفنا من ذلك على حكم الوصية المعلقة والمقترنة بشرط عندهم .

ومما هو معلوم ومقرر أن الشرع لا يوافق على كل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم ، ولا يحميها ، بل يقر بعضها مما يكون ملائما ومحققا لمصالح الناس ،

ويمنع بعضها مما يخالف ذلك . ومثلها في ذلك القوانين
الحديثة في نظرها إلى الشروط المخالفة للنظام العام .

ولما كان تحديد هذه الشروط وتعيين مدى أثرها في
العقود، ومعرفة ما يجب الوفاء به وما يجب إبطاله منها موضع
اجتهاد العلماء والفقهاء - لما كان الأمر كذلك اختلفت
وجهات النظر فيها وكان لبعض العلماء آراء تخالف رأي
علماء الحنفية ، ونخص منهم بالذكر رأي كثير من الحنابلة
ثم رأى الإمامين ابن تيمية وابن القيم ، ثم نفى على أثر
ذلك ببيان حكم القانون :

فكثيرون من الحنابلة توسعوا في الشروط التي تجب
مراعاتها ويجب الوفاء بها ، ويؤخذ من أصولهم أن كل
شرط لم يقم دليل من الشرع على النهي عنه وعلى عدم اعتباره
- فهو شرط صحيح واجب المراعاة والاغتيار من غير تقييد
بمقتضى العقد ، فالأشياء في ضمة الشرط عندهم ووجوب
الوفاء به إلا يخالف كتاب الله ولا سنة رسوله ولا تمتع منه
قواعد الشرع ، وذلك لأن الناس عند شروطهم ، وعليهم
رعاية عهودهم ، ولهذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التي
يقترون بها عقد الزواج - مادامت لا تخالف الأساس المذكور
كاشتراط المرأة ألا يتزوج الرجل عليها وألا ينتقل من
بلدها : فيجوز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها ، وأجازوا
اشتراط البائع في البيع أن سكنى الإزار المبيعة سنة مثلا ،
ونحو ذلك .

أما الإمامان ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية فهما
- وإن كانا من الحنابلة - قد سلكا مسلكا آخر ضيقا به في
الشروط التي تشتراط في الأوقاف والوصايا - سدا لباب
الفساد ، ومراعاة لمقاصد الشرع . . . ، فقالا : أن كل شرط
لا يتفق مع مقاصد الشرع العامة يكون باطلا ، وإن لم يرد
فيه نهى خاص ، وقد توسعا في معنى هذه المقاصد الشرعية ،
وفي إبطال الشروط إذا كانت مخالفة لها وقرروا أن مثل

هذه الشروط الجاطلة لا تؤثر في العقد . ومن أمثلة ذلك عندهما اشتراط عدم الزواج في الاستحقاق في الوقف او في الدخول في الوصية - فالحنفية لا يرون في مثل هذا الشرط ما يسوجب ابطاله لأنه لم يرد نهى عنه فيعتبرونه شرطاً صحيحاً واجب المراجعة . أما ابن تيمية وابن القيم ومن وافقهما فانهم يرون فيه مخالفة لمقاصد الشرع التي منها الترغيب في الزواج والحث عليه، ومنع الفساد ، فان الامتناع عن الزواج - رغبة في المال - قد يؤدي الى أسوأ العواقب (١) ولهذا فهم يبطلون أمثال هذه الشروط .

وجاء قانون الوصية في مادته الرابعة - فقضى بصحة الوصية المضافة ، ولأن الوصية لا تكون منجزة وإنما هي بمعناها الشرعي مضافة الى وقت الموت - كان المراد من عبارة المادة صحة اضافتها الى وقت قبل الموت (٢) وإلى وقت بعده كما جاء في المذكرة التفسيرية - كذلك قضت المادة المذكورة بصحة الوصية المعلقة بالشرط أو المقترنة به مع وجوب مراعاة الشرط إن كان صحيحاً ، واحكامها في كل ذلك وفق مذهب الحنفية (٣) .

ولكنها حينما عرضت لبيتان الشرط الصحيح ، وغير الصحيح ، وما لا يؤثر من الشروط الباطلة في صحة الوصية، وما يؤثر منها في صحتها - لم تقتصر في ذلك على رأي الحنفية ، بل ضمت اليه رأي الامامين ابن تيمية وابن القيم، وكأنها جعلت من الرأيين رأياً ثالثاً يعتبر مقبولا في ذاته ، ويعد توفيقاً وجمعاً حسناً بين الرأيين :

فعرفت الشرط الصحيح - وهو ما تجب مراعاته في الوصية - بأنه ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو

(١) راجع شرح قانون الوصية للعالم الجليل الأسبق - محمد أبو زهرة من ص ٢٨ الى ص ٤٦ .

(٢) كان يقول - وصيت لك بتزول من أول السنة الهجرية المقبلة .

(٣) المذكرة التفسيرية .

لغيرهما ، ولم يكن منهيًا عنه ، ولا منافيا لمقاصد الشريعة :
فمثال ما فيه مصلحة للموصى أن يشترط في تنفيذ وصاياه
البدء بأداء ما فاته من واجبات كالزكاة والحج ، ومثال
ما فيه مصلحة للموصى له اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء
ديونه ، ومثال ما يكون فيه مصلحة لغيرهما أن يوصى بمنفعة
أرض من ماله لجهة من جهات البر - على أن يكون لجاره فلان
- ما دام حيا - حق تصريف المياه من الأرض التي أوصى
بها - ومثال الشروط المنهى عنها أن يشترط في وصيته
تخصيص قدر معين منها يكون أجره للنائبة ، ومثال الشروط
المنافية لمقاصد الشرع ما إذا أوصى لامرأة بشرط ألا تتزوج .
وبناء على ذلك قال القانون رأى أن الشرط لا يكون صحيحا
إلا إذا اجتمعت فيه ثلاثة أمور : أحدها أن يكون فيه مصلحة
بيّنة بحيث لا يكون اشتراطه عبثا ، وقرر بأن هذه المصلحة
تراعى ما دامت قائمة ، فإذا زالت المصلحة المقصودة من
الشرط لغي اعتبارها كما إذا أوصى لطلبة من العلم بأن يعطى
كل واحد منهم كل يوم مقدارا معيناً من الخبز ، وكأنت
مصلحتهم في ذلك نفذت الوصية على هذا الوجه . أما إذا
تبدلت الأحوال وصارت المصلحة تقضى بصرف نفود لهم فإن
الوصية تنفذ على الوجه الذي يكون فيه مصلحتهم - ثانيها
ألا يكون الشرط منهيًا عنه - ثالثها ألا يكون منافيا لمقاصد
الشريعة .

فإذا لم تتوافر في الشرط الذي اقترنت به الوصية هذه
الأمور أو اختل واحد منها كان الشرط باطلا في نظر
القانون ، وقد فسرث المذكرة الايضاحية الشرط الباطل بما
يجمع بين معناه عند الحنفية ومعناه عند ابن تيمية وابن
القيم - فقالت : انه عند الحنفية ما كان مخالفا لمقتضى العقد
كما إذا أوصى لشخص بأرض على أن يجعلها بستانا ، أو أوصى
له بثلاث ماله على أنه إذا مات الموصى له وبقي من الوصية
شيء كان لفلان لا لورثة الموصى له : ثم قالت : ان الشرط
الباطل عند ابن تيمية وابن القيم ما كان مخالفا لمقتضى

والتوافق بينها ، كما تعرف أهم المواطن التي وقع فيها الاختلاف ، ونخص بنوع من التفصيل أهم المباحث الخاصة بهذه الشروط ، وذلك لأن الاستقصاء غير مستطاع ، وإذا كان مستطاعا فهناك من مواطن الاختلاف في الفروع والجزئيات مالا يتعلق به أمر ذو بال .

أولا : شروط الوصية عند الحنفية : منها ما يشترط في الموصى ، ومنها ما يشترط في الموصى له ، ومنها ما يشترط في الموصى به .

(أ) شروط الموصى : يشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع : بأن يكون بالغا عاقلا حرا ، فلا تصح من الضمير ولو كان مميزا ماذونا له بالتجارة لأنها من التصرفات الصارة ضررا مغلطا إذ هي تبرع كما أنها ليست من أعمال التجارة . ولو أضافها إلى بلوغه لا تصح أيضا لعدم الأهلية عند الإضافات . غير أن وصية الصغير المميز تصح إذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه بشرط مراعاة المصلحة . كذلك لا تصح وصية فاقد الأهلية كالمجنون ولا المجنون عليه لأى سبب ، غير أن وصية السفیه تصح في سبيل الخير من ثلث ماله إن كان له وارث . لأن الحجر عليه (١) كان لمصلحته حتى لا يصير كلا على غيره ، وما أوصى به لا يملك إلا بعند الموت ، وليس في تلك الوصية إضرار به ، بل هي مفيدة له لما يترتب عليها من الثواب .

كذلك يشترط في الموصى أن يكون راضيا مختارا : فلا تصح وصية المكره ، والمخطيء والهازل - لفوات شرط الرضا ، ويشترط لنفاذ الوصية في الموصى ألا يكون عليه دين مستغرق لتركته لأن إيفاء الدين مقدم على تنفيذ الوصية ، ولذا لا تصح وصية المسلمين أن كان الدين محيطا بماله إلا بإجازة الغرماء أو إبراءهم ، وقدم الدين لأنه أهم لكونه فرضا - والوصية بغير الواجب تبرع ، وهي بالواجب

(١) الحجر على السفیه : رأى الصاحبين : أما الإمام أبو حنيفة فلا يرى الحجر عليه .

واجبة إلا أن حق العبد مقدم عند الحنفية (١) : وإن كان الدين غير مستغرق - أخرج الدين أولاً إذا لم يبرئه منه المالكون ، ونهت الوصية فيتا بقى بشرطها - قال على رضي الله عنه : « أنكم تقرءون الوصية قبل الدين ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين » أى يقول : الدين قبل الوصية ، ولقائل أن يقول : إذا كان الدين مقدماً على الوصية فى الحكم - فلماذا قدمت الوصية على الدين فى الذكر ، وهذا فى قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، والجواب أن الوصية مشبهة للميراث فى كونها مأخوذة من غير عوض - فكان أخراجها مما يشق على الورثة ، ولا تطيب أنفسهم بها وكان أداؤها لذلك مظنة للتفريط بخلاف الدين ، فإن النفوس مطمئنة الى أدائه - فلذلك قدمت على الدين - حثاً على المسارعة الى أخراجها مع الدين ، ولذلك جئ بكلمة (أو) للتبوية بينهما فى الوجوب (٢) .

والقانون فى مادته الخامسة اشترط فى الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً وقضت هذه المادة بأنه لا تجوز وصية المجنون عليه لمصلحة أو غفلة إلا بإذن المجلس العسبى ، كما قضت أيضاً بعدم جواز وصية القاصر إلا إذا بلغ ثمانى عشرة سنة شخصية ، وأذن له المجلس العسبى .

وبذلك يكون قد وافق مذهب الحنفية فى بعض ما ذهب اليه دون بعض : فهو قد وافقه فى اشتراط أهلية التبرع ، ولكنه قيدها بالأهلية القانونية ، وخالفه فى تقييد جواز وصية المجنون عليه لمصلحة أو غفلة بإذن المجلس العسبى ولو كانت بالثلث فى سحبيل الخير ، وأجاز وصيته بإذن ذلك المجلس ولو كانت فى غير القرب كما خالفه فى عدم جواز وصية من بلغ قبل سن الثمانى عشرة أو بلغها ولم يأت له المجلس . وقد سوغت المذكورة التفسيرية ذلك - بوجه عام -

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٨٥ .

(٢) تبين الحقائق وحاشية الشلبى عليه ج ٦ ص ١٨٥ .

بأن الوصية تصرف مالى ، والمصلحة تقضى بأن يكون المتصرف رشيدا طبقا لقانون المجالس الحسينية وأحكام الولاية على المال ، وأن هناك أقوالا في مذهب المالكية وغيره تقضى بأن البالغ بالعلامات الطبيعية أو بالسن يعتبر سفيها محجورا عن التصرف حتى يرشد ان كان له ولى ، وحتى يطلقه القاضى من الحجر ان كان له وصى ، وهو لا يعبد رشيدا ، ولا يطلقه القاضى من الحجر فى نظر القانون المصرى الخاص بأحكام الولاية على المال الا إذا بلغ احدى وعشرين سنة شمسية (١) . - على أن هذا القانون قد أجاز للقياصر إذا بلغ ثمانى عشرة (٢) بعض التصرفات بشروط عينها ، ومن تم أجازت المادة الخامسة المذكورة من قانون الوصية لمن يبلغ من العمر هذه السن أن يوصى باذن المجلس الحيسى .

(ب) شروط الموصى له

١ - أن يكون موجودا وقت الوصية ان كان الموصى له معينا من أهل الاستحقاق - سواء أكان تعيينه بالاسم أم بالاشارة ونحوها ، فاذا لم يكن معينا بالاسم ولا بالاشارة اشترط وجوده وقت موت الموصى فقط لأنه وقت ثبوت الملك : فلو أوصى بالثلث لبنى فلان ، وسماهم أو أشار اليهم اشترط وجودهم وقت الإيجاب ، ومن مات منهم قبل موت الموصى فلا يستحق شيئا فى الوصية ، أما إذا لم يسمهم ولم يشر اليهم وكانوا محصورين استحق الوصية منهم من كان موجودا وقت موت الموصى سواء أكانوا موجودين وقت الوصية أم لا « (٣) » .

(١) راجع المذكرة التفسيرية لقانون الوصية (المادة الخامسة) .

(٢) لعل تحديده هذه السن مأخوذ من رأى أبى حنيفة القائل ببلوغ الغلام إذا بلغ

١٨ سنة عند عدم ظهور علامات البلوغ .

(٣) وإنما اشترط وجود الموصى له وقت الوصية إذا كان معينا لأن الإيجاب انعقد على فرض وجوده فإذا تبين عدمه بطل الإيجاب الذى صدر مرتبطا به ، ولا كذلك إذا كان غير معين فإنه يشترط وجوده وقت الموت فقط لأن الإيجاب صدر صحيحا فى ذاته لعدم ارتباطه بمعين ، وإنما اشترط وجوده وقت الموت حتى يكون أهلا للملك والاستحقاق وقت ثبوت الملك بالوصية .

والقانون في مادته السادسة وافق الحنفية فيما اذا كان الموصى له معين بالاسم أو بالاشارة أو بالوصف المميز له عن غيره : كالوصية لمحمد ابن فلان أو لهذا الحمل أو للبكر من أولاد فلان آليت . فانه يلزم أن يكون الموصى له موجودا حين الوصية والا بطلت . ولكنه خالفهم فيما اذا كان الموصى له غير معين كالوصية لأولاد فلان ، فلا يشترط في نظر القانون وجودة حين الوصية ولا عند موت الموصى - وقالت المذكرة التفسيرية ان هذا هو مذهب الامام مالك . وسيأتى بيانه فيما بعد . واستثنى القانون من حكمه السابق الذى خالف فيه مذهب الحنفية الوصية بالمرتبات لغير معين ، فانها لا تصح الا بالنسبة للموجود من الموصى لهم وقت موت الموصى من الطبقتين الأوليين (١) فقط - كما تدل على ذلك المادة ٧٠ من قانون الوصية . ففي هذه الحالة اشترط القانون وجود الموصى له وقت موت الموصى - أخذا بمذهب الحنفية .

ثم ان وجود الموصى له حين الوصية الذى اشترط لصحتها - اذا كان معين بالاسم أو بالاشارة أو نحوهما - يشمل الوجود الحقيقى ، وهو ظاهر ، والوجود التقديرى كما فى الحمل : فان الوصية له صحيحة متى تحقق وجوده شرعا وقت الوصية ، وتحقق وجوده فى هذا الوقت يكون بما يأتى :

١ - ان كانت الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة أو حكما كما فى عدة الطلاق الرجعى - وجب أن تجيء به أمه لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية اذ لو ولد لستة أشهر أو لأكثر احتمل وجوده وعدمه فلا تصح . وذلك مبني على

(١) هذا مبني على أن قانون الوصية فى المادة ٢٩ لم يبيح الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين ، وذلك برأى اجتهادى لئلا يتفق قانون الوصية مع قانون الوقف . وقد بنى هذا الرأى على أن الذرية قد تتكاثر فنقل الانصب وتضاهل مع فساد الإدارة ، وقلة ما تغله الأعيان - فبرئى قصر الانتفاع على طبقتين . وقال المذكرة التفسيرية عند بيانها للمادة ٢٩ ان الوصية تبطل فيما زاد عليهما - أخذا من مذهب ابن أبى ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع . وقالت ان صحة الوصية للطبقتين مبني على مذهب الامام مالك - راجع المادة المذكورة مع المذكرة التفسيرية .

أن أقل مدة الحمل عند الفقهاء ستة أشهر ، فإذا ولدته لأقل من ستة أشهر - علم أن الولد كان موجودا بيقين عند الوصية .

هذا إذا لم يقر الموصى بانها حامل .، فإن اقر بذلك ثبتت الوصية للحمل ان وضعت ما بين سنتين من وقت الوصية لأن وجوده في البطن عند الوصية ثبت بإقرار الموصى ، وهو غير متهم فيه ، فيلحق بما لو صار معلوما يقينا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر . (١) .

٢ - وان كانت الحامل معتدة حين الوصية من طلاق بائن ، أو متوفى عنها زوجها - اشترط لصحة الوصية أن تأتي به لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو الموت ، ولو كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ، إذ بذلك يثبت وجوده عند الوصية حكما بدليل أن النسب يثبت من المطلق أو المتوفى باعتبار أنها علقت به قبل طلاقها أو قبل موته . وهذا مبني على أن أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان .

والفرق بين الحالتين أن المباشرة إذا كانت حلالا وكان الزوج متمكنا منها أحيل بالعلوق الى أقرب الأوقات ، فلا يتيقن بوجود الحمل الا اذا أتت به لأقل من ستة أشهر . وفي حالة الطلاق البائن أو الموت يحال بالعلوق الى أبعد الأوقات . (٢) جملا لأمرها على الصلاح ، واحتياطيا ضروريا لمصلحة الولد واعتبار أقل مدة الحمل في الحالة الأولى - غير مسلم به - لأن الأحكام لا تبني على النادر القليل ، وهو اعتبار أقل مدة الحمل اذا كانت الزوجية قائمة ، بل كأن ينبغي أن تبني الأحكام على الغالب الكثير الذي لا يكاد يتخلف وهو تسعة أشهر ، فيحكم بصحة الوصية للحمل في حالة قيام الزوجية اذا أتت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الوصية .

(١) الجزء الخامس من رد المحتار ص ٤٣٢ للطبعة الميسرة .

(٢) حاشية الشلبي على الزيلعي ج ٦ ص ١٨٦ .

وكما تصح الوصية لحمل الانسان - تصح أيضا لحمل
الحيوان لينفق عليه من الموصى به (١) ، وكذلك تصح
الوصية بالحمل - كما اذا أوصى لفلان بحمل بقربه هذه
بشرط أن يتحقق من وجوده وقت موت الموصى (٢) ، وصحت
الوصية بالحمل - لأنه يجرى فيه الارث ، فتجرى فيه الوصية
لأنها أخته .

كذلك يشترط - لاستحقاق الحمل الوصية أن تضعه
أمه - كله أو أكثره حيا ، ويلاحظ أنها اذا ولدت ولدين
فانهما يقتسمان الموصى به ، فاذا ولد أحدهما ميتا استحق
الآخر كل الموصى به .

ومع أن الحنفية يقولون بصحة الوصية للحمل - بشرطه
المتقدم - يقولون ان الهبة للحمل لا تصح - لأن الهبة من
شرطها القبول والقبض ، ولا يتصور ذلك من الجنين ، ولا يلى
عليه أحد حتى يقبل ويقبض عنه - فصار كالبيع (٣) .

وقد فرقوا بين الوصية للحمل والهبة له - بأن الهبة
تمليك محض ، والمملك بالهبة انما يثبت بالقبول والقبض .
والجنين غير صالح لذلك ، ولا ولاية لأحد عليه حتى يقبل
ويقبض بالنيابة عنه .

أما الوصية فهي تمليك من وجه ، واستخلاف من وجه -
أى انها تشبه الهبة والميراث : فلشبهها بالهبة يشترط القبول
اذا أمكن ، ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن - عملا
بالشبهين (٤) .

وأساس الفرق بين حكم الوصية للحمل ، وحكم الهبة
له - عند الحنفية - هو تلك القاعدة المشهورة المذكورة في

(١) الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٣٨ .

(٢) الدر المختار ورد المختار ج ٥ نقلا عن الكافي .

(٣) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٨٦ .

(٤) المصدر السابق .

يعض كتبهم (١) : الحمل لا يلى ولا يولى عليه ، وأن الوصية استخلاف من وجه ، فتصح بلا قبول ، حيث يتعذر من الجنين ، وتكون كالميراث لأنها أخته . ولا كذلك الهبة ، فانها تمليك محض فلا بد فيها من القبول ، وقد اشترط لتمامها القبض (٢) ، ولا ولى له حتى يقوم بذلك .

أما ان الحمل لا يلى فأمره واضح لأنه على فرض وجوده ، ثم ولادته حيا - لا يصلح للولاية على غيره لأنه فاقد الأهلية لعدم تمييزه .

وأما أنه لا يولى عليه - فقد ذكروا فى تعليقه أن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه الى النظر ، ولا حاجة للجنين الى ذلك ، ولأن الجنين فى حكم جزء من أجزاء الأم ، وكما

(١) الدر المختار .

(٢) القول باشتراط القبض فى الهبة ليس متفقاً عليه بين الأئمة - إنما هو قول الحنفية والثورى والشافعى : فلا يثبت الملك عندهم للموهوب له قبل القبض ، ولا يملك مطالبة الواهب بالموهوب قبل قبضه . وفى بداية المجتهد : قال مالك : تنقذ بالقول ، ويجبر على القبض كالبيع فإن تأتى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلاً ، فلا هو شرط صحة ، ولا هو شرط تمام عندهما ، وهو قول أهل الظاهر ، وروى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها فى المكيل والموزون « راجع الجزء الثانى من بداية المجتهد ص ٢٨٤ طبعة الحلبي سنة ١٣٣٩ هـ » .

استدل من لم يشترط القبض بتشبيه الهبة بالبيع ، وأن الأصل فى العقود ألا يشترط قبض لصحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض ، واستدل من اشتراط القبض بما روته عائشة رضى الله عنها : أن أباً بكر الصديق رضى الله عنه كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالفاية - فلما حضرته الوفاة قال : يا بنية انى كنت نحلكت جاد عشرين وسقاً ، ولو كنت جدته واحترمته كان لك وإنما هو اليوم مال وارث ، فاقسموه على كتاب الله . ولأن الهبة عقد تبرع ، وفى إثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به ، وهو التسليم - فلا يصح ، ولأنها عقد ضعيف لعدم العوض فيه - فاحتاج الى توثيقه بالقبض . وإنما لم يشترط القبض فى الوصية من اشتراطه فى الهبة مع أن كلا منهما عقد تبرع - لأن أوان ثبوت الملك فى الوصية بعد الموت ، ولا الزام على المتبرع لعدم أهليته للزوم ، وحق الوارث متأخر عن الوصية ، فلا يملكها « راجع كتب الحنفية فى الهبة » - والقانون المدنى اشترط لصحة الهبة فى المقار ، ضدورها بورقة رسمية ، والا وقعت باطلاً ، وفى المنقول اكتفى لتمامها بالقبض « المادة ٤٨٨ مدنى » .

لا يثبت للأب الولاية على الأم ، فكذلك لا يثبت على ما هو من أجزائها (١) .

والعلة الثانية مغالطة واضحة ، فلسنا فى حاجة الى تنفيذها . أما العلة الأولى فنحن لا نسلم بها لأن الجنين فى حاجة الى النظر : فقد يكون الشيء الموقوف له - ارثا أو وصية - مما يخشى عليه التلف . وقد يكون حيوانا تستغرقه مسئولته بالنفقة ، ونحو ذلك . وهذا يقتضى وجود ولى أو وصى عليه ينظر فى الأمر بما يحقق المصلحة ، ويدفع الضرر عنه ، وكيف غاب عن الحنفية - وهم الذين يكثرون من استعمال القياس ، ويراعون قواعد الشريعة العامة قاعدة : « الضرر يزال » ، وما ذكروه فى أساس ثبوت الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها كالصغير والمعتوه والمجنون - من انه عجز كل واحد منهم عن النظر فى شئون نفسه ، فكان من رحمة الشارع بهم نصب الولاية عليهم لأجل مصلحة النفس والمال . ولا شك أن هذا متحقق بالنسبة للجنين .

لذلك نرى فى مذهب الشافعية وغيرهم أساسا لثبوت الولاية على الجنين (٢) وقد تقدم بيان ذلك فى مبحث قبول الوصية ، بل نرى أيضا من علماء الحنفية المتأخرين من يشق عليه قبول القاعدة المذكورة ، فيقول : يصح نصب ولى أو وصى عليه (٣) كالحموى وابن الشلبى ، ومنهم من وفق فقال : ان نصب وصى على الجنين يصح ، ولكنه موقوف الى الولادة . وعلى الرغم من ذلك فان النقل عند الحنفية - فى عدم ولاية الأب والوصى على الجنين - متظاهر كثير .

ولوضوح ما قلناه فى الرد على الحنفية ، وعملا ببعض (٤) المذاهب الأخرى جاءت المادة ٢٠ من قانون الوصية مقررّة أن الموصى له اذا كان جنينا يكون قبول

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٢ .

(٢) المذكرة التفسيرية عند توضيح المادة ٢٠ من قانون الوصية .

(٣) ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ - الطبعة الميمنية ..

(٤) مذهب الشافعية كما ذكرته المذكرة الايضاحية .

الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد اذن المجلس
الحسبي .

وكذلك جاءت المادتان ٢٨ ، ٢٩ من القانون الخاص
بأحكام الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - مقررتين
ثبوت الوصاية على الحمل المستكن - ونص الأول :

« يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر ، أو
للحمل المستكن . . الى آخر المادة » ونص الثانية :

« اذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار -
تعين المحكمة وصيا » .

ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود - ما لم
تعين المحكمة غيره « ولا شك أن هذا مما تنطبق عليه قواعد
الشريعة العامة ، ولا يمنع منه كتاب ولا سنة ، ولا مصلحة
عامة ولا خاصة مادام الملاحظ في ذلك تحقيق مصلحة القاصر
أو الجنين - بعد اذن المحكمة الحسبية .

ولا يخفى عليك بعد هذا معرفة حكم كل من الهبة
والوصية للحمل بعد اذ عرفت مشروعية الولاية والوصاية
عليه عند بعض الفقهاء ، وفي نظر القانون ولا بأس أن
تستأنس في ذلك بالمادة ٢٠ من قانون الوصية وبالمادتين ١٢ ،
٣٩ من قانون أحكام الولاية على المال .

٢ - الشرط الثاني من شروط الموصى له أن يكون أهلا
للملك والاستحقاق ، فلا تصح الوصية لما ليس أهلا للملك
- كما اذا أوصى بهذا التبن لدواب فلان فان هذه الصيغة
تفيد أنه جعل الموصى به ملكا للدواب . وهي ليست من أهل
الملك - نظرا الى لفظ الموصى لا الى قصده (١) ، ولو قال
يعلف به دواب فلان جاز ، كما لو أوصى بأن ينفق على فرس
فلان كل شهر كذا فانه يجوز وتكون وصية لصاحب الفرس ،

(١) رد المحتار ج ٥ والفقہ علی المذاهب الأربعة .

وتبطل ببيعها ومنوتها - يوما قاله الحنفية في الوصية للدواب والتفرقة بين الصورتين غير مقبول لأن القرائن قاطعة في أنه يريد من الوصية بالتبن للدواب علفها ، فكان ذلك مثل التصريح به - تصحيحا لكلامه ورعاية لقصد الذئ الذي قام عليه الدليل - فكان ينبغى - بناء على ذلك - تصحيح الوصية في الصورتين كليهما • ولو قال أوصيت بثلاث مالى الله تعالى فالوصية باطلة فى قول أبى حنيفة ، وقال محمد جائزة • ويصرف الى وجوه البر ، وبه يفتى • وقول محمد واضح قوى ، ولو أوصى للمسجد الحرام بشئ لم يجز الا أن يقول : ينفق على المسجد لأنه ليس من أهل الملك ، وذكر النفقة بمنزلة النص على مصالحه ، وعند محمد يصح كما فى المثال السابق ، ويصرف الى مصالحه - تصحيحا لكلامه (١) •

٣ - ألا يكون الموصى له مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن رفعها ، وقد عبر القانون فى مادته السادسة عن ذلك الشرط بقوله « أن يكون معلوما » كما جاء فى الدر المختار - وذلك لأن هذه الجهالة مخلة بالمقصود من الوصية ، وهى تسليم الموصى به الى الموصى له - كالوصية لرجل من الناس ، والوصية لمحمد أو عمرو (٢) بالتلث ، او لمن لا يحصون كالمسلمين الا اذا كان فى اللفظ ما يشعر بالحاجة كما لو أوصى لفقراء المسلمين ، أو لفقراء مكة • فان الوصية تصح لأنها وصية بالصدقة والصدقة لله تعالى ، وهو معلوم (٣) ، ويخرج من العهد بالصرف الى واحد عند الشيعين لأن ذكر الفقراء لا يراد به الا بيان المصرف • وقال محمد لا بد من الصرف الى اثنين على الأقل لأنه أقل عدد يتحقق به معنى الجمع • وتصح الوصية أيضا اذا قال أوصيت بثلاث مالى لأعمال البر دون أن يعين مصرفا ، وتصرف فى وجوه الخير -

(١) الجزء الخامس من رد المختار ج ٥ ص ٤٣٩ ، ٤٤٠ •

(٢) هذه الوصية باطلة عند أبى حنيفة لجهالة الموصى له ، وعند أبى يوسف لهما أن يصلحا على أخذ الثلث وعند محمد يخير الورثة فايهما شاءوا أعطوا - راجع الدر المختار

(٣) المذكرة التفسيرية للمادة ٦ •

كبناء المساجد والمدارس ، والانفاق على طلبية العلم ، كما
تصح الوصية للمساجد والمدارس والمستشفيات والملاجئ
والمؤسسات العلمية والمصالح العامة - على الراجح - وتصرف
على عمارتها وفقرائها ومصالحها وغير ذلك من شئونها ما لم
يتعين المصرف بعرف أو دلالة .

والقانون في مادته السابعة أقر تلك الأحكام - أخذا
من مذهب الحنفية - ولكنه في مادته الثامنة أتى بحكم جديد
مأخوذ من مذهب المالكية الذي يقر مبدأ جواز الوصية
للمعدوم ، وخلصتها أنه تصح الوصية لجهة معينة من جهات
البر ستوجد مستقبلا كالوصية للملجأ الذي سيبني في الحى
الفلانى ، فإن هذه الوصية صحيحة فى مذهب المالكية (١) ثم
قضت تلك المادة ببطلان الوصية ان تعذر وجود تلك الجهة
وذلك لانعدام ما كان محلها وللوقوف عند رغبة الموصى ،
فلا يصرف ماله الى ما لم يأذن بصرفه فيه . ولست أرى ضيرا
فى تصحيح وصيته مع صرفها لجهة أخرى من جهات البر -
تكون أشبه بالجهة التى عينها الموصى - ما دمننا قد راعينا
التوسعة فى الوصية ، وأجزنا فيها ما لم نجزه فى غيرها .
وقد كان فى المشروع الحكومى - قبل أن توضع المادة الثامنة
فى صيغتها الحالية - توجيه الوصية فى هذه الحالة الى جهة
أخرى من جهات البر « راجع المذكرة التفسيرية » .

٤ - ألا يكون الموصى له حربيا فى دار الحرب . فان
كان كذلك بطلت الوصية له ، سواء أكانت من المسلم أم من
الذمى - لأن الارث ممتنع لتباين الدارين ، فكذا الوصية
لأنه أخته (٢) ، ولأن فيها برا به ، وإعانة على حربنا ، وفى
تكثر مال الحربيين اضرار بالمسلمين ، وصار كما لو أوصى

(١) المذكرة التفسيرية المادة ٨ .

(٢) ذكر هذه الملة صاحب الهداية والامام الزيلعى فى كتابه تبين الحقائق ج ٦
ص ٢٠٦ - مع أنها لا تتفق مع الاظهر فى المذهب من صحة الوصية للحربى المستأمن مع
اختلاف الدار ، ولا تتفق أيضا مع الحكم بصحة وصية المستأمن لكل من المسلم والذمى -
على أن قياس الوصية على الارث منقوض بعدة مسائل - سيذكر بعضها - فيما بعد .

نهم بالسلاح (١) ، وقد نهينا عن برهم بقول الله تعالى :
« انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من
دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ، ومن يتولهم
فأولئك هم الظالمون » . وهى غير صحيحة وان أجازت الورثة
لأن عدم الجواز لحق الشرع لا لحق الورثة ، ولأن الحربى
فى داره كالميت فى حقنا ، والوصية للميت باطلة .

أما الحربى المستأمن وهو الذى دخل دار الاسلام بأمان
فان الوصية له صحيحة سواء آكانت من المسلم أم من الذمى
لأنه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ،
ولهذا تصح عقود التملك منه ، ويصح تبرعه . وعن
أبى حنيفة وآبى يوسف عدم جواز الوصية للمستأمن لأنه من
أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ولا يمكن من زيادة المقام
على السنة الا بالجزية ، فهو فى داره حكما حتى يمكن من
الرجوع اليها فصارت كالارث . والأول أظهر لأن الوصية
تمليك مبتدأ ولهذا تجوز للذمى بخلاف الارث (٢) .

وصية الحربى المستأمن للمسلم أو الذمى جائزة ولو
بكل ماله اذا كانت ورثته فى دار الحرب لأن امتناع الوصية
بما زاد على الثلث لحق الورثة ، وليس لورثته حق مرعى
لكونهم فى دار الحرب ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ،
والأمان كان لحقه لا لحق ورثته - ولو أوصى ببعض
ماله أخذت الوصية ، ويرد الباقى على ورثته - مراعاة
لحق المستأمن لأن من حقه تسليم ماله الى ورثته عند
الفراغ من حاجته ، وما زاد على مقدار ما أوصى
به فارغ عن ذلك . أما اذا كان ورثته معه فى دار الاسلام
فان وصيته فيما زاد على الثلث تتوقف على اجازتهم (٣) .
وعلى الزيلعى فى كتابه تبين الحقائق صحة وصية الحربى
المستأمن للمسلم أو الذمى بأنه أهل للتمليك منجز كالهبة

(١) حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٦ ص ١٨٤ .

(٢) رد المختار ج ٥ ص ٤٦١ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٦ .

(٣) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٤٣٣ والعناية على الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ .

ونحوها ، فكذا يكون أهلا للتمليك مضافا (١) الى ما بعد الموت .

وقد ذكر شراح الجامع الصغير أن - فى السير الكبير - ما يدل على جواز الوصية للحربى (٢) ، واضطربت الكتب فى عبارة - السير الكبير - واختلف الشراح فى فهم المراد منها ، وفى وجوه التوفيق بين ما تدل عليه . وبين ما هو معروف - فى المذهب الحنفى - من عدم جواز الوصية للحربى اذا كان فى دار الحرب .

وقد قيل فى هذا الشأن - كما فى رد المحتار - ان المراد بما يدل على الجواز - هو ما ذكر فى شرح السير الكبير للسرخسى : من أنه لا بأس أن يصل الرجل المسلم - المشرك ، قريبا كان أو بعيدا ، محاربا كان أو ذميا - لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - بعث بخمسمائة دينار الى مكة حين قحط أهلها لتفرق على فقرائها ، وهذا لأن صلة الرحم محمودة عند كل عاقل ، وفى كل دين وحينئذ - فما فى السير - انما يدل على جواز الصلة دون الوصية - خلافا لما فهمه شراح الجامع الصغير ، ويكون الخلاف فى جواز صلة الحربى فقط . وقد نقل عن الامام محمد ما يفيد جواز الهدية له اذ قال : « ولا بأس أيضا بالهدية الى المشرك المحارب ما لم يهد اليه سلاح أو درع » على أن تعليل الحنفية لعدم صحة الوصية للحربى فى داره - بأنه كالميت - يقتضى عدم جواز الوصية له ، وتعليلهم لذلك بالنهى عن البر - يقتضى عدم جواز كل من الوصية والصلة (٣) .

والخلاصة أن الثابت فى المذهب - هو عدم جواز الوصية للحربى فى داره قال العيني فى شرحه : ولا تصح للحربى عندنا - خلافا للثلاثة (٤) .

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ٣٠٥ .

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٣ وتبين الحقائق ج ٦ ص ١٨٤ .

(٣) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٣ .

(٤) حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٦ ص ١٨٤ .

ومما اشتملت عليه المادة التاسعة من قانون الوصية - حكمها بصحة الوصية مع اختلاف الدارين الا اذا كان الموصى تابعا لبلد اسلامي ، وكان الموصى له أجنبيا غير مسلم تابعا لبلد غير اسلامي - تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى - ففي هذه الحالة لا تصح الوصية - لأن تحقيق المساواة ، والمعاملة بالمثل - اقتضيا عدم صحة الوصية فيها مع اختلاف الدار . وقالت المذكرة التفسيرية : ان هذه الحالة المستثناة مأخوذة مما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف (١) ، كما قالت ان دور الاسلام كلها دار واحدة - ليس بين تابعيها اختلاف دار ، وقالت ان المراد بالبلد الاسلامي ما كان تحت حكم المسلمين أو كان تحت حكم غيرهم ، وكانت شعائر الاسلام كلها أو غالبها مقامة فيه .

وفي رأينا أنه كان من المستحسن أن تقتصر المذكرة التفسيرية في تسويغ هذا الحكم على ما تقتضيه المساواة والمعاملة بالمثل - لأن الأظهر في المذهب الحنفي جواز وصية كل من المسلم والذمي للحربي المستأمن وان كانا مختلفين دارا (٢) ، ورجحوا ذلك على ما روى عن الشينخين من عدم الجواز . ولأن المذهب الحنفي ، بالاتفاق بين أئمتة - لا عند الشينخين فقط - يقضى بعدم صحة الوصية للحربي في داره سواء أكانت من المسلم أم من الذمي - على ما سبق بيانه - من غير تقييد بما عليه قانون الموصى له - فهي غير جائزة وان كانت شريعة الموصى له لا تمنع من الوصية لمثل الموصى - على أن قياس الوصية على الارث منقوض بعدة مسائل - منها : ما اذا دخل الحربي دار المسلمين بأمان . فأوصى لمسلم أو ذمي - فانه جائز مع أن الارث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين ، وبين المسلم والحربي لاختلاف الدين وتباين

(١) وذلك لما روى عنهما من عدم صحة الوصية للحربي المستأمن - قياسا على امتناع الارث لاختلاف الدين حكما وتخصيص المذكرة التفسيرية الأخذ - بما روى عن الشينخين هو الذي حملنا على تقييد الحربي بالمستأمن لأن الخلاف المروي هو الذي وقع فيه - أما الحربي في داره فلا خلاف بين الحنفية في عدم صحة الوصية له .

(٢) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٤٦١ .

الدارين حكما ، كذلك الحرمان من الارث لا يستلزم بطلان الوصية ، كما في اختلاف الدين (١) - على انه اذا كان ما روى عن الشيخين من الحكم السابق ، مبنيا على اختلاف الدارين - فان اختلافهما بالمعنى الذى ورد فى مذهب الحنفية لا يكاد يوجد فى عصرنا الحاضر اذ أن معناه عندهم لا يتحقق بين غير المسلمين الا باختلافهما فى المنبة والملك ، وبانقطاع العصمة بينهم ، حتى يستحل كل منهم قتال الآخر - والدول الآن مرتبطة بالمعاهدات ، وبالقانون الدولى ، وبميثاق هيئة الأمم المتحدة - فاختلاف الدارين - بالمعنى الذى ذكر فى فرائض الحنفية - لا يمكن تحقيقه فى العصر الحاضر الا بين دولتين ، بينهما حالة حرب أو حرب قائمة فعلا .

وبهذا وضح أن اختلاف الدارين بهذا المعنى - غير الاختلاف الذى تقصده المادة التاسعة ، وهو اختلاف الجنسية .

وفى رأينا أنه كان يحسن بالمذكرة التفسيرية أن تبني صحة الوصية مع اختلاف الدارين على رأى من لا يراه مانعا من الارث - كالامامين مالك وأحمد ، أو على رأى بعض الأئمة الذين يجيزون الوصية للحربى ، وتبنى عدم صحة الوصية فى الحالة المستثناة على مبدأ تحقيق المساواة ، والمعاملة بالمثل .

ومع مراعاة ما سبق ذكره فى حكم الوصية للحربى فى داره لا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين والملة فتصح الوصية من المسلم للذمى وبالعكس ومن اليهودى للمسيحى وهكذا كما تقضى بذلك المادة التاسعة من القانون . وهذا يحقق المساواة بين المسلمين وغيرهم فى صحة الوصية من بعضهم لبعض . وانما صحت وصية المسلم لغير المسلم اذا كان غير حربى - لأن الله تعالى لم ينه عن برهم كما نهى عن بر الحربيين - قال جل شأنه «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم

(١) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٨٨ ، والنهاية على الهداية ج ٨ ص ٤٢٦ .

فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم ، وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين » كذلك صحت وصية الذمى للمسلم لأن الذميين التحقوا بعقد الذمة - بالمسلمين فى المعاملات ، ولهذا جاز التبرع المنجز * فى حالة الحياة من الجانبين ، فكذا المضاف الى ما بعد الموت ، ولأن الوصية من أعمال البر ، وهى جائزة بين أهل الأديان المختلفة لأن الأديان لا تحرم التواصل والتراحم ، ولا كذلك الارث لأنه مبنى على الموالاة والمناصرة التامة ، وذلك لا يتحقق مع اختلاف الدين ، وللأثر الوارد فى ذلك « لا يتوارث أهل ملتين شتى بشيء » ولحديث : « لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم » (١) *

٥- ألا يكون الموصى له قاتلا الموصى قتلا مباشرا يترتب عليه وجوب القصاص أو الكفارة ، وهو ما يمنع الارث - من العمد وشبهه ، والخطأ وما جرى مجرى الخطأ ، سواء أوصى له قبل القتل ، ثم قتله ، أو أوصى له بعد الجرح ، وذلك بشرط أن يكون القاتل مكلفا ، وأن يكون القتل بغير حق ، وليبيان ذلك نقول على سبيل الاجمال :

ان القتل المحرم عند الحنفية - خمسة أنواع :

الأول : العمد وهو أن يقصد الشخص ضرب المقتول بما لا تطيقه بنيته (٢) مما يقتل غالبا * وموجب العمد الاثم العظيم والقيود الا أن يعفو الأولياء ، والحرمان من الارث ، ولا كفارة فيه *

الثانى : شبه العمد ويكون بالضرب بما لا يقتل غالبا كالعصا والسوط * وموجبه الاثم والكفارة ، ودية مغلظة على العاقلة ، ولا قيود فيه *

(١) راجع السراجية ، ثم الجزء الأول من كتاب فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب *

(٢) هذا على رأى صاحبين وعند الامام أن يقصد ضربه بمحدد *

الثالث : الخطأ وهو نوعان : خطأ في القصد ، وهو أن يرمى شبحا يظنه صيدا ، فإذا هو انسان معصوم الدم ، وخطأ في الفعل - كأن يرمى غرضا مقصودا فيصيب ادميا ، وموجبه الكفارة ، والدية المخففة على العاقلة ، والحرمان من الارث ، والاثم لترك التحرز .

الرابع : - ما جرى مجرى الخطأ ، وهو ما يحصل ممن لا قصد له - كمن ينقلب ، وهو نائم على غيره ، أو يسقط عليه ، فيقتله . وموجبه ما تقدم في القتل الخطأ .

الخامس : القتل بتسبب ، وهو التعدي بانشاء ما يكون سببا في الهلاك - كحافر البئر ، وواضع الحجر في الطريق العام - بلا اذن الامام ، فيموت انسان بسبب وقوعه في البئر أو اصطدامه بالحجر . وموجبه الدية على العاقلة ، واثم التعدي بالحفر ، ولا كفارة فيه ، ولا حرمان من الارث (١) .

فالذي يمنع الميراث والوصية - عندهم - الأربعة الأولى ، اذ القتل فيها بالمباشرة . وفي بعضها وجوب القصاص ، وفي بعضها الكفارة . أما النوع الخامس ، وهو القتل بتسبب - فلا يمنع ارثا ، ولا وصية عندهم - لأن القاتل بتسبب ليس يقاتل حقيقة - ألا ترى أنه لو حفر بئرا في ملكه لم يؤخذ بشيء ، مع أن القاتل يؤخذ بفعله سواء أكان في ملكه ، أم في ملك غيره . واذا لم يكن قاتلا حقيقة . لم يتعلق به جزاء القتل ، وهو الحرمان من الوصية .

والقتل بحق لا يمنع الوصية ، كما لا يمنع الارث : كما اذا قتل الموصي قصاصا أو حدا أو دفاعا عن النفس . ومن

(٢) هذه أنواع القتل في المذهب الحنفي . أما الشافعي فالقتل عنده - على ما نقله صاحب بداية المجتهد : ثلاثة أنواع : عمد ، وشبه عمد - وهو ما كان عمدا في القرب ، خطأ في القتل ، وخطأ . وعند مالك والليث نوعان عمد وخطأ . وقد نفى مالك في المشهور عنه شبه العمد الا في الابن مع أبيه ، وقال لا واسطة بين العمد والخطأ - أعنى بين أن يقصد القتل أو لا يقصد .

» راجع بداية المجتهد مبحث الجنایات « وكتاب نيل الأوطار ج ٧ ص ١٩ طبعه ١٣٤٧ هـ .

القتل بحق أو بعذر - قتل الرجل امرأته ، أو ذات رحم محرم من محارمه لأجل الزنى - فقد جاء فى رد المحتار لابن عابدين فى القتل الذى لا يمنع من الارث : « وفى الحاوى للزاهدى : إذا قتل الرجل امرأته أو ذات رحم من محارمه لأجل الزنى - فإنه يرث منها - خلافا للشافعى يعنى مع تحقق الزنى - أما بمجرد التهمة فلا ... » كذلك إذا كان القاتل صغيرا أو مجنونا - لأن الحرمان جزاء للفعل المحظور ، وفعلهما لا يوصف بالحظر شرعا - لأنهما غير مكلفين ، وليس أهلا للعقوبة - بخلاف المخطيء ، فإن حرمانه باعتبار التقصير فى التحرز ، وبتصور نسبة التقصير الى المخطيء دونهما -

وانما كان القتل مانعا من استحقاق الوصية - لقوله - عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » ، ويروى انه قال : « ليس لقاتل شيء » ، فيذكر الشيء نكرة فى محل النفى ، فيعم الميراث والوصية جميعا ، ولأنه أستعجل شيئا قبل أوانه ، فيعاقب بالحرمان منه ولأن القتل يغير حق جنسية عظيمة ، فتستدعى الزجر بأبلغ الوجوه ، وحرمان الوصية يصلح زاجرا ، كحرمان الميراث -

وصاحب تكملة (١) فتح القدير ناقش استدلالهم بالحديث - بأنه معارض بإطلاق قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، وبعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم ، تضعونها حيث شئتم » ، وبأن الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لإطلاق الكتاب ولا مختصا لعمومه - على ما عرف فى أصول الفقه ، واعترض بذلك على صاحب البدائع فى قوله : ان القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية بما أورده كتب الحنفية من حديث : لا وصية للقاتل -

ثم ان علماء الحنفية اتفقوا على عدم استحقاق القاتل الوصية اذا لم تجزها الورثة * فان آجازوها أو لم يكن للموصى المقتول وارث سوى القاتل فان الوصية تنفذ عند الطرفين : أبى حنيفة ومحمد ، وقال ابو يوسف : لا تجوز الوصية للقاتل ولو آجازتها الورثة ، او لم يكن للمقتول وارث سواء ، وخلافهم هذا مبني على الخلاف في علة الحرمان : فعند الطرفين هي لحق الورثة - دفعا للغيظ عنهم حتى لا يشازكهم في ماله من سعى في قتله ، فاذا آجازوا ، أو لم يوجد وارث ، انتفت العلة * وعند أبى يوسف : علة الحرمان جنايته التي ارتكبها ، والحرمان لأجلها عقوبة له ، وجناية متحققة باقية ، وان لم يكن له وارث أو كان وآجاز * وبالموازنة ترى قوة رأى أبى يوسف ورجحان دليله * فان المنع اذا كان سببه حق الورثة وعدم مغايرتهم ، وأن الاجازة ترفع ذلك - لزم القول بذلك في الارث فلا يحرم القاتل من الميراث اذا رضى سائر الورثة ، وتركوا المغايرة ، أو اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل * وليس الأمر كذلك قطعا (١) ، والحق أن سبب حرمان القاتل من الميراث صدور جناية عظيمة منه وذلك يستدعى العقوبة بأبلغ الوجوه ، وقد جعلها الشرع حرمانه من الميراث ، والموصى له القاتل يشاركه في هذا المعنى (٢) *

ولقوة رأى أبى يوسف قيد بعضهم الخلاف بينه وبين الطرفين بما اذا لم يكن القتل عمدا بعد الوصية ، فان كان كذلك ألغيت الوصية اتفاقا (٣) *

(١) وقال صاحب المنايا في الفرق بين الوصية والميراث في القتل اذا آجازت الورثة : حيث صحت الوصية عند الطرفين دون الميراث - ان الاجازة تصرف من العبد ، فتعمل فيما كان من جهة العبد ، والوصية من جهة العبد ، فتعمل فيه - بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد ، ولم يرتفع عنه التفرقة فاعنى زيادة صاحب تكملة فتح القدير *

(١) ج ٨ ص ٤٢٥ من تكملة فتح القدير *

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٤ - نقلا عن الفريلاية ؟

هذا والباحث في آراء الحنفية بالنسبة لقتل الموصى -
يتضح له قوة مذهبهم في أكثر ما زاوه مما سبق بيانه -
الأن تعميمهم القتل المبطل للوصية بحيث يشمل الخطأ -
غير مقبول لأن الحرمان من الوصية عقوبة لا يستحقها من
قتل موصيه خطأ من غير قصد ، وكذا اشتراطهم أن يكون
القتل بمباشرة القاتل فأخرجوا المتسبب في جميع الحالات
مع أن المتسبب قد يكون متعمدا قتل الموصى ، فكيف لا تبطل
الوصية في هذه الحال - وقد رجحنا من قبل رأى أبى يوسف
في عدم جواز الوصية للقاتل ولو أجازها الورثة ، وأشرنا
الى دليل أرجحيته -

والحنفية في بعض كتبهم نسبوا الى الشافعى القول
بجواز الوصية للقاتل (١) كما نسبوا الى مالك (٢) مثل ذلك
القول وحكاه صاحب المغنى عنه - لأن دلائل جواز الوصية
عامة من غير فصل بين القاتل وغيره - وما نسب الى الشافعى
هو أحد قوليه ، وما نسب الى مالك ليس متفقا على عموميه
واطلاقه - فى المذهب - فقد نقل صاحب كتاب الفقه (٣)
على المذاهب الأربعة أن الوصية فى مذهب المالكية تبطل اذا
ضرب الموصى له الموصى بعد الوصية ، فأماه ، سواء أعرف
القاتل ولم يغير الوصية أم لا - على الراجح - لأن فى ذلك
شبهة استعجال الوصية كالميراث ، أما اذا ضربه ضربة قاتلة
عمدا أو خطأ ، ثم أوصى له بعد الضربة بشيء من ماله ومات ،
فان الوصية تصح للقاتل بشرط أن يعرف المقتول قاتله ،
وستعرف علة ذلك حينما نعرض للمذهب الحنبلى -

وحجة القائلين باستحقاق القاتل الوصية أن الوصية
تمليك كالهبة ، والقتل لا يبطل الهبة - فلا يبطل الوصية -
وهذه الحجة ضعيفة - اذ القياس فيها مع الفارق : فان القتل
لا يؤثر فى الهبة لأنه حدث بعد تمامها واستفادة الملك بها

(١) شرح الهداية والنهاية ج ٨ ص ٤٢٥ -

(٢) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٢٥ نقلا عن البدائع -

(٣) الجزء الثالث ص ٤٤١ طبعة ١٩٥٢ هـ -

أما الوصية فان الملكية لا تثبت بها الا بعد الموت . فيكون القتل سابقاً على وقت الملكية .

أما الحنايلة فقد اختلفوا فى الوصية للقاتل على ثلاثة (١) أوجه :

الأول : أن الوصية تجوز له ، قال فى المغنى : وهذا قول مالك وأبى ثور وابن المنذر ، وأظهر قولى الشافعى — لأن الهبة له تصح ، فصحت الوصية له وسبق أن بينا ضعف هذه الحجة .

الثانى : أن الوصية لا تصح للقاتل ، وهو قول الثورى ، وأصحاب الرأى لأن القتل يمنع الميراث الذى هو أكد من الوصية — فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث — فيمنعها ما يمنعه .

الثالث : ان وصى له بعد جرحه — صحت الوصية له . وان وصى له قبله ، ثم طرأ القتل على الوصية — أبطلها — قال فى المغنى : وهذا قول حسن ، لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها فى محلها . ولم يطرأ عليها ما يبطلها — بخلاف ما اذا تقدمت ، فان القتل طرأ عليها فأبطلها — لأنه يبطل ما هو أكد منها وهو الميراث ، وربما استعجل الوصية بالقتل الطارئ عليها ، فيعامل بنقيض قصده — دفعا لمفسدة قتل الموصين ، استعجالاً لأخذ وصاياهم . أما القتل قبل الوصية فانه لم يقصد به استعجال مال — لعدم انعقاد سببه ، والموصى راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه فى حقه ، ولا فرق بين العمد والخطأ فى هذا — كما لا يفترق الحال بذلك فى الميراث .

وبمراجعة ما تقدم — يتضح رجحان اعتبار القتل مانعاً من استحقاق الوصية اذا حدث عمداً بعد الوصية من مكلف

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٤٠ : ٥٤١ .

يغير حق ولا عذر ، وأن بعضهم - كابن قدامة - رجح اعتبار القتل غير مانع ان صدرت الوصية بعد الجرح المفضى الى الموت ، وأن القائلين من الفقهاء بعدم صحة الوصية للقاتل - اتفقوا على أن القتل لا يمنع من استحقاق الوصية - اذا كان بحق ، أو صدر من غير عاقل .

ويتضح ايضا - مما عرف من مذاهب العلماء والفقهاء فى الميراث والوصية أن بعض الائمة والفقهاء - من غير الحنفية - لم يربطوا بين الوصية والارث فى جعل القتل مانعا من الاستحقاق فى كل منهما على السواء . أما الحنفية فقد لاءموا بينهما - فجعلوا القتل - بشروطه - مانعا من كل منهما - كما جعلوا القتل المانع من الارث - هو الذى يمنع من الوصية - على ما بينا من قبل .

كذلك القانون فى المادة - ١٧ - أخذ حقيقة القتل المبطّل للوصية - بقيوده وشروطه وتفصيلاته - من القتل المانع من الميراث المنصوص عليه فى المادة الخامسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ونص المادة ١٧ : « يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة - قتل الموصى أو المورث عمدا ، سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا ، أم كان شاهد زور أدت شهادته الى الحكم بالاعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك اذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى » .

وبالنظر فيما اشتملت عليه هذه المادة ، ومقابلتها بأراء الفقهاء ، وبعض مواد قانون العقوبات المصرى - الخاصة بالقتل فى حالة وجود عذر ، أو فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، أو حالة تجاوز حدود حق الدفاع الشرعى ، أو حالة ما اذا كان المقاتل متكرها بملجئ - بالنظر والمقابلة نجد أن ما اشتملت عليه المادة ١٧ مزيج من عدة مذاهب فقهية ، ومن بعض مواد قانون العقوبات التى أشرنا

إليها ، ونبين وجه ذلك فيما يلي — مسترشدين بما ورد في
المذكرة التفسيرية •

أولا : ما يؤخذ من المادة من بطلان الوصية للمقاتل المباشر
عمدا سواء أكان القتل قبل الوصية أم بعدها رأى الحنفية ،
وبطلانها في هذه الحالة ولو أجاز الورثة أو أجازها الموصي
بعد القتل وقبل الموت — رأى أبى يوسف • ويدخل في القتل
العمد المباشر من أجهز على شخص بعد أن أنفذ فيه آخر مقتلا
من مقاتله فانهما يمنعان من الوصية أخذا بقولين في مذهب
الحنفية والمالكية : قول بأن القاتل هو الأول ، وقول بأن
القاتل هو الثاني (١) •

ثانياً : أن ما تقضى به المناذة من اشتراط العمد في
القتل المانع من استحقاق الوصية — وإن لم يكن بالمباشرة —
يخرج القتل الخطأ فلا يمنع صحة الوصية • وهذا مأخوذ من
مذهب الإمام مالك ، ولكنه يدخل في القتل المانع — القتل
بتسبب عمدا — عملا بقول في مذهب الشافعي (٢) وإن خالف
ذلك مذهب الحنفية •

ويدخل في القتل بالتسبب الأمر والدال والمحرض
والمشارك والربيثة (وهو من يراقب المكان في أثناء مباشرة
القتل) ، وواضع السم ، وشاهد الزور الذي بنى على شهادته
الحكم بالاعدام — عملا بمذهب الامام أحمد •

ثالثا : أخذت في البلوغ بمذهب الصاحبين وهو خمس
عشرة سنة •

رابعا : اشترطت المادة أن يكون القتل بلا حق ولا عذر،
وهو مذهب أبى يوسف ومن وافقه من الأئمة • كما اشترطت
أن يكون عاقلا ، وهو محل اتفاق (٣) •

(١) المذكرة التفسيرية في المادة ١٧ •

(٢) المصدر السابق •

(٣) المصدر السابق •

خامسا : سلكت فى بيان القتل بحق ، وفى تفسير الأعداء - المسلك القريب من قانون العقوبات ، ومما قرره أئمة الشرع : فأخرجت القتل قصاصا أو حدا أو فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس أو المال - مما هو منصوص عليه فى المواد ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، كما أخرجت حالة تجاوز حدود حق الدفاع الشرعى (مادة ٢٥١ عقوبات) ، وكذلك اذا قتل الزوج زوجته والزانى بها عند مفاجأتها حال الزنا (مادة ٢٣٧ عقوبات) ، ومثل ذلك القاتل مكرها بملجئ - عملا بقول الامام أبى حنيفة (مادة ٦١ عقوبات) (١) .

والمادة فى جملتها مقبولة ، فقد وفقت بين الآراء ، ولاعت بين قوانين الدولة المختلفة ، وحقت الانسجام بين قانون الميراث ، وقانون الوصية ، وقانون العقوبات .

٦- الشرط السادس ألا يكون الموصى له وارثا للموصى ان كان ثمة وارث آخر ولم يجز الوصية - لقوله عليه الصلاة والسلام : « ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ، فلا وصية لوارث » ، ولأن بعض الورثة يتأذى بإيثار بعضهم ، ففى تجويزها للوارث قطيعة الرجم ، ولأنه حيف ، وقد روى عنه - صلوات الله وسلامه عليه - : « الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر » وفسروه بالزيادة على الثلث ، وبالوصية للورثة (٢) وهذا الشرط لنفاذ الوصية (٣) ، ومعنى ذلك أن الوصية للوارث لا تنفذ مطلقا ، وان كان الموصى به أقل من الثلث - الا بإجازة الورثة ، فان آجازوها نفذت ، والا بطلت ، وان

(١) المصدر السابق .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٨٢ .

(٣) عبارة كتب المذهب المنفى - كالكنز والهدية - ظاهرة فى أن الوصية للوارث لا تجوز أو لا تصح الا بإجازة الورثة ولكن توجد أحكام فى المذهب - ترجح أن هذا الشرط للنفاذ لا للصحة - منها القاعدة المشهورة ، وهى أن الإجازة تلحق العقد للوقوف ولا تلحق العقد الباطل ، وكون هذا الشرط للنفاذ هو أظهر قولين عند الثنائى .

أجازها بعضهم دون بعض جازت في حصة من أجاز بنسبة ما ينخصه ، وبطلت في حصة من لم يجز - لولاية المجيز على نفسه دون غيره •

وهذه الاجازة لا تعتبر الا بشرطين :

الأول : أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً - غير محجور عليه لسفه أو عته • وفي حكم المحجور عليه المريض مرض الموت ، فانه ان أجاز الوصية وكان المجاز له وارثاً له لم تنفذ الا باجازة ورثته ولو قل المجاز ، أما اذا كان غير وارث له فان اجازته تعتبر نافذة من الثلث • وحينئذ ينظر الى القدر الذي يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب اجازته فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت الاجازة وان لم تجزها ورثته ، وان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازتهم (١) ويشترط في المجيز أيضاً أن يكون عالماً بما أوصى به الموصى (٢) •

الثاني : أن تكون الاجازة في وقتها المعتبر ، وهو بعد موت الموصى - فلو أجازوها جال حياته ، ثم ردها بعد وفاته صحح الرد وبطلت الوصية ، ولا عبرة باجازتهم في حال حياته لأنها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت لهم بالموت ، فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصى فيردوها لأنها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل ، وكل ساقط في نفسه مضمحل ، فكان لهم أن يردوها بعد موت المورث ، ولقائل أن يقول : كيف تكون الاجازة حال الحياة ساقطة مع ثبوت حق الورثة في ماله من أول ما مرض مرض الموت حتى منع عن التصرف في الثلثين ، فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتاً من أول المرض ، وأن الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى أول المرض فصارت كاجازتهم بعد موت المورث • ولكن يجاب

(١) شرح الأحوال الشخصية للاستاذ الجليل محمد زيد الأياني ج ٢ •

(٢) أما اذا علم الورثة أنه أوصى بوصايا ولا يعلمون ما أوصى به ، فقالوا أجزا ذلك

- فان اجازتهم لا تصح - راجع رد المختار ج ٥ :

عن ذلك بأن الاستناد انما يظهر فى حق القائم كما فى العقود الموقوفة ، واجازة الورثة حين وقعت فى حياة الموصى - وقعت باطلا ، وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه ، فلا يظهر فى حقه الاستناد . ولأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت ، وقبله يثبت لهم مجرد الحق ، فلو استند ملكهم من كل وجه الى أول المرض لانقلب الحق حقيقة قبل موته ، واذا لم يتصور بقى حقا على حاله لا حقيقة ، والرضا ببطلان ذلك الحق - وذلك باجازتهم حال الحياة - لا يكون رضا بحقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته ، لأن الرضا ببطلانها يستلزم وجودها . ولا وجود لها قبل السبب - بخلاف ما اذا آجازوها بعد موته لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فلا يكون لهم الرجوع عنها .

كذلك لا عبرة باجازة الورثة حال حياة الموصى ان كانت الوصية لأجنبى بما زاد على الثلث ، فلا تنفذ الوصية فى الزيادة الا اذا آجازوها بعد وفاة الموصى .

وعدم اعتبار الاجازة حال الحياة رأى أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وزفر والحسن بن صالح ، وهو مروى عن عبد الله بن مسعود وشريح .

وروى عن طاوس وعطاء أن الورثة اذا آجازوا حال الحياة - جاز ذلك عليهم ، كما قال ابن أبى ليلى ، وعثمان البتّى : ان آجازوا فى حياة الموصى فليس لهم أن يرجعوا فيه بعد الموت (١) ولعل ذلك راجع الى اكتفاءهم بمجرد تعلق حق الورثة بمال مورثهم من أول مرض الموت ، فلم يشترطوا حصول حقيقة الملك بوفاة المورث (٢) ، أو لأن الاجازة قد وقعت بعد تمام انشاء الوصية بايجاب الموصى ، فلا يضير تقدمها على وقت موته .

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى ج ١ ص ١٩٦ و ص ١٩٧ للطبعة البهية المصرية .

(٢) حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٦ ص ١٨٣ .

وللامام مالك رأى مفصل فى وقت الاجازة : فقد روى ابن القاسم عنه : اذا استأذن الموصى ورثته - حال حياته - فأذنوا - فكل وارث بائن عن الميت ، ليس فى عياله - ليس له أن يرجع فى اجازته • وأما امرأته وبناته اللاتى لم يبن منه ، وكل من فى عياله - فلهم الرجوع عنها ، وكذا كل من خاف منهم - إن لم يجز - لحقوق ضرر به من قطع النفقة ان صح - له الرجوع • ومن هذا التفصيل يتبين أن مالكا يرى صحة الاجازة ولزومها حال الحياة متى ثبت أنها صدرت من الوارث عن اختيار سليم ، ورضا صحيح • أما اذا وقعت الاجازة تحت تأثير خشية الضرر وخوف الأذى فإنها لا تعتبر ، وللوارث الرجوع فيها •

وروى ابن وهب عن مالك تفصيلا آخر : وهو أن اذن الورثة للموصى بالوصية يعتبر صحيحا غير قابل للرجوع عنه إذا استأذنهم الموصى فى مرضه فأذنوا • أما اذا استأذنهم فى الصيغة - فلهم أن يرجعوا ان شاءوا ، وانما جاز اذنهم فى حال المرض لتعلق حقهم بماله ، ولا كذلك فى حال الصحة (١) •

والخلاصة أن فى وقت اعتبار الاجازة ثلاثة أقوال - لخصها صاحب بداية المجتهد بقوله : إذا أذن الورثة للميت : هل لهم أن يرجعوا فى ذلك بعد موته ؟ فقول : لهم ، وقيل : ليس لهم ، وقيل : بالفرق بين أن يكون الورثة فى عيال الميت أو لا يكونوا - فان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع ، وثلاثة الأقوال فى المذهب « (٢) •

والرازى فى كتابه أحكام القرآن - أيد رأى الحنفية ومن وافقهم بعدة أدلة : منها أن الورثة ليسوا مالكين للمال فى حال الحياة ، فلا تعمل اجازتهم فيها ، كما لا تجوز هبتهم ولا بيعهم ، ولأن الموصى له انما تقع الوصية له بعد الموت ،

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى ج ١ ص ١٩٦ و ١٩٧ •

(٢) يعنى المذهب المالكى •

فكذلك الاجازة لا تعتبر الا فى حال وقوع الوصية ، ولا تعمل قبل وقوعها ، وأيضا لما كان للميت ابطال الوصية فى حال الحياة مع أنه هو الذى أوجبها — فالورثة احرى بجواز الرجوع عما أجازوه ، واذا جاز لهم الرجوع علم ان الاجازة — حال الحياة — غير ملزمة ، ولما روى من قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث الا أن يجيزها الورثة » ، وهم انما يكونون ورثة على الحقيقة بعد الموت لإقبله . فاجازتهم — حال الحياة — باطلة لأنهم ليسوا ورثة فى حال حياة الموصى .

ولانضباط رأى الحنفية وارتباطه بوقت معلوم ليس من شأنه حصول نزاع فيه — وهو موت الموصى — ولقوة أدلته النظرية — نميل الى ترجيح رأيهم وان كنا لا نغفل تفصيل مالك الذى رواه عنه ابن القاسم — جقه من الذكر والتقدير ، ولولا أن صحة الرجوع فى الاجازة بعد الموت منوطة عنده بخوف لحوق الضرر — وهذا قد يكون مجل نزاع وقد يتعذر اثباته — لآثرنا رأى مالك على رأى الحنفية . وقد جاء القانون فى بعض ما اشتملت عليه المادة ٣٧ — موافقا للمذهب الحنفى فى وقت اعتبار الاجازة اذ قررت بأن الوصية لا تنفذ فيما زاد على الثلث الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبصر ، عالمين بما يجيزونه .

ومن تمام بحث الشرط السادس النظر فى ثلاثة أمور :

الأول : وقت اعتبار الموصى له وارثا

قال علماء الحنفية : يعتبر كون الموصى له وارثا أو غير وارث وقت الموت ، لا وقت الوصية — لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، فيعتبر وقت التمليك : فلو أوصى لأخيه الشقيق وليس له ابن وقت الوصية ، ثم ولد له ابن ، أو أوصى لزوجته ثم طلقها وانقضت عدتها قبل موته — صبحت

الوصية لأن كلا منهما ليس وارثا للموصى عند موته ، وإن كان وارثا وقت الوصية .

أما لو أوصى لأجنبية ثم تزوجها ومات وهي في عصمته أو أوصى المسلم لابنه غير المسلم ، فأسلم قبل موت أبيه - فإن الوصية لا تصح إلا بإجازة الورثة - لأن كلا منهما وارث وقت موت الموصى ، وعلى هذا القياس .

ومما هو مقرر في المذهب الحنفى أن أقرار المريض مرض الموت لوارثه يأخذ بحكم الوصية لأن فيه تهمة إن المريض يفضل بعض الورثة على بعض ، وعلى ذلك لا ينفذ أقراره لوارثه إلا بإجازة الورثة ولو كان المقر به أقل من الثلث .

لكن الوارث عندهم في باب الأقرار غير الوارث في باب الوصية ، إذ قالوا إن الوارث في باب الأقرار هو من قام به سبب الارث وقت الأقرار ولم يمنع من ميراثه مانع عند الموت (١) ، وفرقوا بين الأقرار والوصية بأن الأقرار تصرف في الحال ، فيجب أن يؤخذ في الاعتبار ذلك الوقت - وعلى هذا : لو أقر في مرض موته لأجنبية ثم تزوجها ومات وهي على ذمته - فانه يصح الأقرار لأن سبب الارث وهو الزوجية لم يكن قائما وقت الأقرار ، ولو كان بدل الأقرار وصية لم تصح إلا بإجازة لتحقق كونها وارثة وقت الموت . ولو أقر المريض لأخيه وليس له ابن ، ثم ولد له بعد ذلك - صح الأقرار لأنه وإن كان سبب الارث قائما وقت الأقرار (وهو الأخوة) قد منع من ارثه مانع وقت الموت ، وهو وجود الابن .

(١) وزاد محمد على ذلك فاستلزم ألا يكون الارث بسبب جديد لم يكن وقت الأقرار - فلو أقر لزوجه وهو مريض ثم أبانها في مرضه ثم تزوجها ثانية ومات وهي زوجته فلا الأقرار على رأى محمد من غير توقف على إجازة لأن سبب الارث زواج جديد غير ما كان وقت الأقرار - وقال أبو يوسف : يتوقف على تصديق الورثة لأن العبرة بحالتي الأقرار والموت فلا يعتبر ما بينهما خصوصا وإن القرنتهم في الطلاق . وقيل إن أبا يوسف رجع عن قوله ، ووافق محمدا .

الثانى : جهة التملك عند الاجازة

إذا صحت اجازة الورثة للوصية بعد موت الموصى ، سواء آكانت لوارث أم لأجنبى فيما زاد على الثلث - فهل يملك المجاز له ما أجز من قبل الموصى ، أم من قبل المجيز ؟ قال الشافعى على ما نقلته كتب الحنفية (١) : يملكه الموصى له من جهة المجيز (الوارث) ، لأن الميت لا حق له فى الوصية للوارث أصلا ، ولا للأجنبى الا فى الثلث ، ولهذا لا تنفذ

(١) كتب الحنفية - كالهداية وتبيين الحقائق والعناية - لم تحرر الدقة - فى نقل مذهب الشافعى - فان مذكرته تلك الكتب ، انما هو أحد قولين فى مذهبه ، وأظهر القولين أن الاجازة تعتبر تنفيذا - لا ابتداء عطية ، وكذلك يوجد مثل هذا الخلاف عند المالكية : وهذا يؤخذ مما نقله صاحب فتح القريب المجيب فى فرائض الشافعية (ج ٢ ص ٤ طبعة ١٣٤٥ هـ) - قال ما خلاصته : إذا أوصى لوارث فالوصية صحيحة فى الأظهر لكنها موقوفة على اجازة باقى الورثة بعد الموت : فان رُدوها بطلت ، وان أجازوها صحت ، وكانت الاجازة تنفيذا فى الأظهر : فيكفى للفظ الاجازة ، ولا يحتاج الى حبة وتجديد قبول وقبض ، وليس للمجيز الرجوع وان كان قبل القبض وفى قول : تعتبر ابتداء عطية : فلا بد من لفظ التملك ، ولا بد من قبول آخر بعد تملك الوارث ، ولا بد من القبض ، وللمجيز الرجوع قبل القبض كالهبة - وبناء على ذلك لو أخذنا بأظهر القولين عند الشافعية لم يكن بينهم وبين الحنفية خلاف فى هذه المسألة ، وانما الخلاف يجرى بينهما على القول الثانى الذى يعتبر الاجازة ابتداء عطية .

وهناك رأى آخر فى المذهب الشافعى يقول : الوصية للوارث باطلة ، وهذا فى مقابل رأى الاول الذى يقول بصحتها مع كونها موقوفة على الاجازة ، وقدمنا أنه أظهر القولين . ومنهم من قطع ببطلان الوصية للوارث للنهى عن ذلك فى حديث أبى امامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » وجعل منع الوصية للوارث لحق الله تعالى حذرا من تغيير الفروض التى قدرها الله تعالى - فلا أثر لرضا الورثة ، ولم يقطعوا ببطلان الوصية لغير الوارث بالزائد على الثلث لأن المنع فى الأجنبى لحق الورثة ، ولكن الأظهر هو القول بصحة الوصية موقوفة على الاجازة لحديثه . ولا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة » .

ثم قال صاحب فتح القريب . المعتمد عند المناظرة فى الوصية للوارث كذهنبنا ، وعند المالكية باطلة لا تجوز الا باجازة الورثة ، وهل هى تنفيذ أو ابتداء عطية - خلاف عند المالكية - ثم قال : وان أوصى بأكثر من الثلث لغير وارث صحت الوصية ووجب الثلث ، ويرقب الباقي على اجازة الورثة . وهل الاجازة تنفيذ أو ابتداء عطية - فيه القولان السابقان أظهرهما تنفيذ . ومقابل الأظهر أن الوصية بما زاد على الثلث لغو ، فان أجازوا فابتداء عطية ، وهو المعتمد عند المالكية » .

وصيته للأول مطلقا، ولا للثاني بما زاد على الثلث الا بالاجازة ويمكن للوارث أن يبطلها ، فتكون التركة كلها في الحالة الأولى ، والزائد على الثلث في الحالة الثانية ملكا للوارث حقيقة - لأن الميراث يثبت له بغير قبوله ، ولا يرتد برده - فإذا أجاز صارت ملكية الموصى له للمجاز من جهته ضرورة ، وهو تمليك بغير عوض فيكون هبة (١) - وصاحب تكملة فتح القدير (٢) لم يرتض هذا التعليل ، فقال : الأولى في بيان وجه الشافعي ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث ، ولمسوارث ، والاجازة لا تعمل في الباطل، فتكون هبة مبتدأة لأنها تمليك بلا عوض، وما رآه صاحب التكملة انما يقبل على أحد قولين في مذهب الشافعية - أما على القول الآخر القاضي بصحة الوصية للوارث مع توقف نفاذها على الاجازة فانه غير سليم - وقال علماء الحنفية : يتملكه الموصى له من قبل الموصى - لا من قبل المجيز ، لأن الوصية صدرت من الموصى ، وصادفت ملكه حالا ومالا - لأن جميع ماله مملوك له وقت الوصية ، وبعد الموت هو باق على حكم ملكه - حتى تقضى ديونه ، وتنفذ وصاياه - غير أن للورثة حق نقضها اذا كانت لوارث ، وفيما زاد على الثلث ان كانت لأجنبي - فإذا أجازوا ارتفع المانع من تنفيذ الوصية ، وظهر أن المجاز لم ينتقل الى ملكهم ، ولا يصح أن يقال ان الاجازة هبة - لأنها ليست بسبب للخروج عن الملك ، بل هي رفع للمانع - كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن - فان ملكية المشتري تثبت من قبل الراهن لصدور السبب منه ، واجازة المرتهن انما هي رفع للمانع فقط (٣) -

وثمره الخلاف - كما ذكر صاحب تبين الحقائق - تظهر في عدة أحكام - منها : أن الوارث المجيز يجبر على تسليم ما أجازة في المذهب الحنفي ، وعند الشافعي لا يجبر

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٨٣ والعناية ج ٨ ص ٤٢٤ .

(٢) ج ٨ ص ٤٢٤ .

(٣) شرح الهداية والزيلعي ج ٦ .

لأن التمليك عنده من جهة المجيز ، وهو هبة لا تتم إلا بالقبض - فلا يجبر على التسليم ، ومنها تملك الموصى له الموصى به قبل القبض عند الحنفية ، وعند الشافعي لا يملكه قبله (١) . كذلك إذا كان المجاز مشاعا يحتمل القسمة - فإن الإجازة تصبح فيه (٢) - لأن التمليك من جهة الموصى - فلا يعتبر هبة عند الحنفية (٣) .

وبالموازنة بين الأدلة - يتضح لك رجحان الرأي القائل بأن التمليك - عند الإجازة - إنما هو من قبيل الموصى - لا من قبيل المجيز ، وذلك لأن الموصى أنشأ الوضعية في مال يملكه وقت انشائها ، وإنما توقفت على الإجازة لتعلق حق الورثة بها - دفعا للحيث والضرر - فإذا أسقطوا حقهم بالإجازة - كانت الملكية من قبل الموصى - لا من قبلهم ولأن هذه الوضعية عند الأكثر صحيحة في ذاتها وإن توقفت على إجازة الورثة ، فإن نفذت بإجازتهم - كان التمليك ممن أنشأها .

الثالث : آراء الفقهاء في الوضعية للوارث

القول بعدم صحة الوضعية - أو بعدم نفاذها للوارث إلا بإجازة الورثة - رأى جمهور الأئمة والفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة . وخالف ذلك فريقان : أحدهما رأى عدم صحة الوضعية للوارث ولو أجاز الورثة . والآخر رأى نفاذ الوضعية للوارث وإن لم تجز الورثة ، وهذا الرأي منسوب

(١) من الواضح أن ما ذكرته كتب الحنفية من ثمرة الخلاف والمبالاة التطبيقية عليها - إنما يقبل على أحد القولين في المذهب الشافعي - إما على القول الآخر في ذلك المذهب وهو الأظهر - على ما نقله صاحب فتح القريب في باب الوصايا - وقد أوردناه فيما سبق - فإنه لا خلاف بين الحنفية والشافعية في ذلك .

(٢) راجع الجزء السادس من تبين الحقائق ص ١٨٣ .

(٣) من المقرر في الهبة عند الحنفية أنها لا تصبح في مشاع - يحتمل القسمة - إلا بالافراز والتسليم ، وأن القبض مع الشيوع لا يفيد الملكية .

لبعض أئمة الشيعة الامامية الاثنى عشرية والاسماعيلية ،
والهادى والناصر وأبى طالب وأبى العباس من أئمة الشيعة
الزيدية .

ولأهمية هذا الخلاف ، ولأن القانون المصرى الخاص
بالوصية - فى مادته السابعة والثلاثين - أجاز الوصية
للوارث وغيره فى حدود الثلث من غير اجازة الورثة - سنفرد
لهذا الموضوع بحثا خاصا فيما بعد - ان شاء الله .

(ج) ما يشترط فى الموصى به

الشرط الأول : الا يكون الموصى به رائدا على ثلث مال
الموصى فى الوصية للأجنبى ان كان له وارث ، ولم يجزها
بالأكثر ، فلا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث الا باجازة
الورثة اجازة معتبرة سواء اكانت فى حان الصحة أم فى حال
المرض ، والاجازة كما تقدم لا تعتبر الا بالشرطين اللذين
سبق بيانهما فى الوصية للوارث : فان أوصى لأجنبى ولم
تتجاوز الوصية ثلث المال نفذت وان لم تجز الورثة الا اذا
كان هناك مانع آخر من نفاذها من قتل أو استغراق دين ،
وان تجاوزت الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان ردها
بطلت فى الزائد وان أجازوها نفذت فيه لأن المنع كان
لحقهم ، وقد أسقطوه ، فيزول المانع (١) وان أجاز بعضهم
دون بعض نفذت فى حصة المخير فقط ، وبطلت فى حصة
غيره . فتصير الوصية فى حق الذى أجاز كان كل الورثة
أجازوها ، وفى حق الذى لم يجز كأنهم جميعا لم يجزوها -
فاذا أوصى رجل لآخر بنصف ماله ، ومات عن ابنين : فاذا
أجازت الورثة فالمال بينهم أرباعا : للموصى له ربعان وهو

(١) ومن هذا يتضح أن شروط الوصية، بعضها شروط صحة ، وبعضها شروط نفاذ ،
والأولى واضحة ، والثانية ما يتوقف المقدم من أجلها مراعاة لحق الغير فان أجاز، نفذ، البطلت ،
والا بطل .

النصف ، وربعمان للابنين ، لكل واحد منهما ربع المال لأن الوصية مقدمة على الارث فتتخذ بالنصف أولا ، والنصف الباقي يقتسمه الابنان • وان لم يجزز الورثة فللموصى له ثلث المال ، والثلثان الباقيان للابنين لكل واحد منهما ثلث المال • ولو أجاز واحد ، ولم يجزز الآخر - جاز فى حق الذى أجاز كأنهما أجازا ، ويعطى له ربع المال ، وفى حق الذى لم يجزز كأنهما لم يجززا ، فيعطى له ثلث المال ، والباقي يكون للموصى له : فيجعل المال على اثني عشر سهما لحاجتنا الى الثلث والربع : فالربع للذى أجاز وهو ثلاثة أسهم ، والثلث للذى لم يجزز وهو أربعة أسهم ، وتبقى خمسة ، فهي للموصى له (١) •

وان لم يكن للموصى وارث ، ولا دين عليه - نصحت الوصية ولو بكل (٢) المال ، ولا تتوقف على اجازة بيت المال لأنه ليس بوارث ، بل هو مرجع الأموال التى لا مالك لها ، وهذا عند الحنفية ، وبه أخذت الفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من قانون الوصية حيث قالت : وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الخزانة العامة •

وانما لم تجز الوصية فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة لتعلق حقهم به : فان الشارع لم يجعل للمورث أن يوصى بأكثر من الثلث - ودليل ذلك ما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله تعالى عنه أنه قال : « جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى ، فقلت يا رسول الله : قد بلغ بى من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثنى الا ابنة لى ، أفأصدق بثلثى مالى ؟ قال : لا • قلت فالشطر يا رسول الله » قال : لا ، قلت فالثلث ؟ قال : الثلث ،

(١) حاشية السلبى على الزيلعى ج ٦ ص ١٨٣ •

(٢) ذكر صاحب نيل الأوطار : اختلف فيما ليس له وارث خاص : فذهب الجمهور الى منه من الزيادة على الثلث ، وجوز له الزيادة الحنفية واسحق ، وأحمد فى رواية •

والتلث كثير أو كبير . انك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس (٣) . ولأن حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال، الا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر التلث ليتدارك تقصيره . وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحريزا عما يتفق لهم من التأذى بالايثار ، وقد جاء في الحديث « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر » ، وفسروه بزيادة على الثلث ، وبالوصية للوارث » (٢) .

الشرط الثاني : أن يكون الموصى به مالا متقوما عند الموصي - في الوصية بالمال ، فلا تصح الوصية بالميتة والدم والحر - لأنها ليست بمال ، كما لا تصح بالخمر من المسلم لأنها غير متقومة في حقه .

الثالث : أن يكون موجودا عند الوصية ان كان معيننا بالذات ، كما اذا قال أوصيت لفلان بساعتي او بعتابي الفلاني ، وكذلك اذا كان غير معين وهو شائع في بعض المدن ، كما اذا أوصي بمعز من غنمه ، او بتلت غنمه ، او ببلد كتبه ، فاذا لم يكن له غنم او لم يكن له كتب وقت الوصية فانها لا تصح ، وكذلك اذا كانت ثم هلكت قبل موت الموصي . فان اكتسب غيرها بعد الهلاك او لم يكن له عند الوصية شيء من النوع ثم استفاده بعد الوصية - ففيل انها لا تصح أيضا ، وقال في الدر المختار انها تصح على الصحيح لان تعلقها بالنوع كتعلقها بالمال ، وذكر في البدائع أن صحتها قول الكرخي اذ قال : ينبغي أن تصح اذا وجد النوع الذي نسبت اليه الوصية ، وهو الغنم أو الكتب في امثال السابق .

أما اذا كان الموصى به شائعا في كل المال - كما اذا قال أوصيت له بمعز من مالي فانه لا يشترط وجود المعز عند الوصية بل الشرط وجودها عند الموت .

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ٢٨٢ .

(٢) المصدر السابق .

ولاضطراب كتب الحنفية فى اعتبار الوقت الذى يشترط فيه وجود الموصى به : أعند الوصية هو أم عند الموت . يمكن تلخيص مذهبهم فى حالات ثلاث :

أحداها : أن يكون معيناً بالذات ، وفى هذه يشترط وجوده عند الوصية اتفاقاً *

وثانيها : أن يكون شائعاً فى كل المال - وفى هذه يعتبر وجوده فقط عند موت الموصى - اتفاقاً أيضاً *

وثالثها : أن يكون شائعاً فى بعض المال ، وفى هذه اختلف النقل والرأى ، فقول أنها كالحالة الأولى ، وقيل أنها كالحالة الثانية * واستظهر ابن عابدين أن النوع الذى شاعت فيه الوصية ، كالغنم - فيما إذا أوصى بثلث غنمه - أن كان شئ منه موجوداً عند الوصية فإن الوصية تتعلق بذلك الموجود دون غيره لأنه معين بالإضافة العهدية ، فصار كالمعين بالذات ، أما إذا لم يكن له غنم أصلاً وقت الوصية فهو كالشائع فى كل المال يعتبر فيه الموجود عند الموت لأنه ليس عيناً حتى تنقيد به الوصية ، لعدم العهدية (١) *

كذلك يشترط فى الموصى به أن كان معيناً بالذات أن يكون مملوكاً للموصى حين الوصية : فالوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه بعد الوصية ثم مات لا تصح وصيته ، فإن أجاز الغير الوصية بعد الوفاة يكون ذلك هبة منه ، فلا تتم إلا بالقبض ، ويجوز له الرجوع فيها - ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع *

وقانون الوصية لم يتعرض إلا لحالة ما إذا كان الموصى به معيناً بالذات - فقضت الفقرة الثالثة من المادة العاشرة

(١) راجع رد المحتار ج ٥ ص ٤٢٩ ، ٤٤٦ الطبعة الميمنية ، والدر المختار وشرح قانون الوصية للأستاذ المحقق محمد أبو زهرة ص ١١٠ ، ص ١١٦ الطبعة الثانية ، ثم للمذكورة التفسيرية للقانون مادة ١٠ *

باشترط أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية في ملك الموصى ان كان معيناً بالذات .

الشرط الرابع : أن يكون مما يجرى فيه الارث ، او يكون قابلاً للتملك بعقد من العقود الناقلة للملك . حال حياة الموصى سواء أكان مالا أم متفعة ، موجودا للحال أم معدوما . وهذا ضابط لأهم شروط الموصى به عند الحنفية ، وهو مكون من جزئين : الأول : أن يكون مما يجرى فيه الارث ، وذلك لادخال الوصية بالحمل ، فتجرى فيه الوصية بشرطه الذي سبق ذكره - قياساً على جريان الارث فيه - لأن الوصية أخت الميراث . الثاني : أن يكون قابلاً للتملك . : الخ ، فتصح بالأعيان كالمنزل والبستان لأنها تملك بعقد البيع . وتصح الوصية بالمنافع كسكنى الدار وغلتها لأنها تملك بعقد الاجارة . كما تصح بما تثمر نخيله العام أو أبداً . وإن كان الموصى به معدوماً لأنه يقبل التملك خلال حياة الموصى بعقد المعاملة (المساقاة) ، وكذا بما تنبت الأرض لأنه يملك بعقد المزارعة .

فان لم يكن الموصى به كذلك لم تصح الوصية به . كما اذا وصى بما تلد أغنامه أو أفراسه . فانها لا تصح . لأنه لا يقبل التملك حين حياة الموصى . بعقد من العقود (١) . وجاء في المذكرة التفسيرية للقانون في مادته العاشرة : أن الوصية في هذا المثال تقتصر على الموجود من الأولاد حين موت الموصى لأن ما تلد أفراسه أو أغنامه بعد الموت لا يدخل تحت الارث ، ولا يقبل التملك بعقد في حياة الموصى . أما اذا وصى بغلة أرضه فانه يدخل في الوطنية الغلة التي تكون موجودة حين موت الموصى وبعد موته - لأنها تدخل تحت عقد الايجار ، وان كان الحادث بعد الموت لا يورث .

ولأن واضع القانون يرون الأخذ بمذهب الشافعي الذي يقضي بأن المنفعة والأجرة مما يورث لعدم انفساخ عقد

(١) رد المختار ج ٥ ص ٤٢٩ .

الايجار بموت أحد المتعاقدين عنده - رأوا أن الفقرة الأولى من المادة العاشرة : « أن يكون الموصى به مما يجرى فيه الارث » تشمل الوصية بمنفعة العين المستأجرة ، والوصية بالأجرة (١) . وقد صرحت بذلك إحدى فقرات المادة الحادية عشرة ، اذ قضت بصحة الوصية بحق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .

ولما كانت الوصية شرعت للتوسعة على الموصى حتى يستدرك ما عسى أن يكون قد فاته من صلة او واجب ، او ليكافئ من أسدى اليه معروفا وقد ينشئ الموصى وصيته في وقت لا يتمكن فيه من بيانها بيانا كاملا - توسع علماء الحنفية والحنابلة ومن وافقهم - في الوصية حتى اجاروا فيها ما لم يجيزوه في غيرها من العقود (٢) . ولهذا لم يشترطوا لصحة الوصية أن يكون الموصى به - معلوما فتصبح بالمجهول ، كما اذا أوصى له بجزء من ماله ، أو ببعضه ، أو بنصيب منه . والجهالة ترفع من الموصى حال حياته ، ومن ورثته اذا مات قبل البيان ، فيقال لهم أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، والوصية لا تمتنع بالجهالة ، والورثة قائمون مقام الموصى ، فكان اليهم بيانه . ثم ان بعض علماء الحنفية يسوون في الحكم المذكور بين ما اذا أوصى بسهم من ماله أو بجزء منه ومنهم من يفرق فيقول : ان المروى عن أبي حنيفة أن السهم عبارة عن السدس ، وقيل له أخس سهام الورثة ، ومنهم من يروى غير ذلك من أقوال وتفصيلات ليس عليها دليل مقنع (٣) .

فان لم يكن وارث فالظاهر أن البيان لولى الأمر باعتبار أن التركة ستؤول الى بيت المال بعد اخراج الوصية ، ونقل في الجوهرة : لو أوصى لرجل بسهم من ماله ومات ولا وارث

(١) اللزوة التفسيرية للقانون المادة ١٠ .

(٢) راجع الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٨٢ ، ٤٨٥ .

(٣) راجع الجزء السادس من تبيين الحقائق ص ١٨٩ ورد المحتار ج ٥ ص ٤٤٣

وما بعدها .

له فلموصى له النصف لأن بيت المال بمنزل ابن فصار كأن
له ابنين ، ولا مانع من الزيادة على الثلث ، ولا يخفى عليك
ضعف هذه الحجة .

الشرط الخامس : ألا تكون الوصية بما لا يجوز شرعا
من كل ما هو محرم أو معصية ، وهذا في الجملة يعتبر قاعدة
متفقاً عليها بين الأئمة والفقهاء ، وإن اختلفوا في هذا
الشان فاختلافهم إنما هو في التفريع والتفصيل ، والتوضيح
والتمثيل : فالحنفية مثلاً لذلك بالوصية بطعام تجتمع له
النائحات بعد موته ، وبضرب قبة على قبره ، وكذا الوصية
بقراءة القرآن على القبور أو في المنازل فإنها باطلة لأنها
تشبه الاستئجار على قراءة القرآن ، وذلك باطل ، والبطلان
مبني على القول بعدم جواز الإجارة على الطاعات ، ولا يقال
أنه مما أجاز الاستئجار عليه - لأن ما أجازوه مقصور على
محل الضرورة كالاستئجار لتعليم القرآن أو للأذان - خشية
التعطيل لقلّة الناس في الخير ، ولا ضرورة في استئجار
من يقرأ على القبر أو غيره (١) .

هذا ومن أمثلة بطلان الوصية لأنها بمعصية الوصية
لأندية القمار والمراقص والنياحة على القبور أو وراء جنائز
الموتى .

وفي المذهب المالكي : الوصية المحرمة هي ما كانت
بمحرم ، ومنه الوصية بما فيه ضياع للأموال كالوصية
بقنديل من فضة يعلق على قبر ولي ، أو بثوب يوضع على
المقصورة ، ونحو ذلك مما لم يأمر به الشرع ، وللورثة أن
يفعلوا به ما شاءوا ، ومثل ذلك الوصية بالنياحة عليه ،
أو بضرب قبة على قبره مباهاة ، فكل ذلك تبطل به الوصية ،
ولا تنفذ .

وفي المذهب الشافعي مثلاً للوصية المحرمة بما إذا

(١) رد المحتار الجزء الخامس ص ٤٤٠ و ٤٥٦ و ٤٥٧ .

أوصى لشخص مشاغب مفسد بحيث اذا جعل له حق فى التركة -
أفسدها (١) •

وفى المذهب الحنبلى : لا تصح الوصية بما نهى عنه مما
يعمل على القبور من بناء غير مأذون فيه ، وهو ما زاد على
شبر ، ومنهم من قال : من الوصية المحرمة الوصية بأكثر من
الثلث اذا كان له وارث غير أحد الزوجين ، ولكن التحقيق
أن هذا مكروه فقط (٢) •

وقال صاحب فتح البارى : الوصية تكون محرمة إذا كان
فيها إضرار - لما ثبت عن ابن عباس رضى الله عنه : «الاضرار
فى الوصية من الكبائر» •

ثم جاء الامام الشوكانى فقال فى كتابه : نيل
الأوطار (٣) شرح منتقى الأخبار - فى شأن وصية الضرار
ما خلاصته : ما أحق وصية الضرار بالابطال من غير فرق بين
الثلث وما دونه وما فوقه ، وذلك لما ورد فيها من الوعيد
الشديد والزجر البليغ وأنها من موجبات النار :

فقد روى أبو هريرة عن رسول الله - صلى الله عليه
وسلم - قال : « إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله مستتين
سنة ، ثم يحضرهما الموت ، فيضاران فى الوصية ، فيجب
لهما النار » ، ثم قرأ أبو هريرة : « من بعد وصية يوصى بها
أو دين غير مضار وصية من الله » الى قوله : « وذلك الفوز
العظيم » ، ولما روى عن ابن عباس مرفوعا وموقوفا بإسناد
صحيح أن وصية الضرار من الكبائر ، فكل من الحديث والآية

(١) فرق الحنفية بين الوصية بنفس المصيبة ، والوصية لأهل السوق والمعاصى فقالوا :
فى الأولى : انها باطلة ، وقالوا فى الثانية انها مكروهة اذا غلب على ظن الوصى أن الوصى
له ينفعها فى الشر والفجور • وقرئ العلامة ابن عابدين بينهما بأن الوصية اما صلة أو
قرية ، والوصية بنفس المصيبة خلت منهما ، فتبطل ، بخلاف الوصية لخاص أو فاسق .
فانها صلة لها مطالب من العياد ، فتصح ، وإن لم تكن قرينة مع الكراهة ، وذلك كالوصية -
لغنى فانها مباحة وليست قرينة • رد المحتار ج ٥ ص ٤٥٦ •

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ من ص ٤٥٣ الى ص ٤٦٠ •

(٣) ج ٦ ص ٣١ ، ٣٢ •

قيد ما شرعه الله من الوصية بعدم الضرر ، فتكون الوصية المشتملة عليه مخالفة لشرع الله ، وما كان كذلك فهو معصية .
ونحن نوافق صاحب الفتح ، والشوكانى على رأيهما فى وصية الضرر - للنصوص التى أشرنا إليها ، ولما يترتب عليها من المضار والمفاسد واثارة الشحناء والبغضاء - غير أننا نشترط لبطلان وصية الضرر التحقق من ثبوت ذلك بالأدلة التى اعتبرها الشرع أدلة اثبات .

ومن الممكن أن ندخل هذا النوع من الوصية الباطلة فى عموم الفقرة الأولى من المادة الثالثة التى تقول : يشترط لصحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشرع ، فان قصد المضارة لأصحاب الحقوق يعتبر معصية ، كما أن الباعث على الوصية فى مثل هذه الحالة يعتبر منافيا لمقاصد الشرع التى ترجع فى جملتها الى تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد والمضار عنهم .

وبمثل هذا الشرط الذى اشترطه الفقهاء ، وأوضحناه فيما سبق - جاء بعض ما اشتملت عليه المادة الثالثة من قانون الوصية حيث اشترطت لصحة وصية المسلم (١) شرطين :

الأول : ألا تكون بمعصية «أو بمحرم» كالوصية للنياحة التى اعتاد بعض الناس عملها بعد الموت . وقالت المذكرة التفسيرية : يؤخذ فى هذا بمذهب الحنفية . ولا يصعب عليك بعد الذى ذكرناه فى الشرط الخامس من شروط الموصى به أن تقول ان ذلك الشرط يصح أن يكون مقتبسا من مذهب الحنفية وغيرهم .

الثانى : ألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشرع : كالوصية للخليلة ، وذلك لأن العمل الذى يقصد به أن يكون وسيلة الى الشر ، أو مكافأة عليه يكون حراما وباطلا ، وقالت

(١) المذكرة التفسيرية المادة الثالثة .

المذكورة التفسيرية ان عدم صحتها يتفق مع القاعدة الشرعية :
« الأمور بمقاصدها » •

وهذا صحيح في ذاته ، ولكن لكي نخرج الشرط الثاني
ونربطه بأراء الفقهاء كلهم أو بعضهم يجب أن نعلم أن
للأئمة والفقهاء في اعتبار القصد في العقد ، أو عدم
اعتباره رأيين ، وأنهم بأزاء ذلك فريقان :

فكثير منهم يأخذون بظاهر القول والعبارة التي ورد
بها العقد من غير بحث عن النيات والمقاصد الا اذا دل عليها
بلفظ في العقد (١) •

وطائفة منهم - وعلى رأسها ابن القيم - ترى القصد
معتبرة في العقود، فلا يقتصر على الألفاظ المجردة ، والعبارات
التي لم تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها ، وذلك
متى قامت الأدلة أو القرائن على ما قصد •

فابن القيم مذهبه مذهب الذين يأخذون بمقاصد العاقدين
دون الألفاظ المجردة وهو يرى أن العاقد ان قصد غير ما تدل
عليه عبارته ، ووجدت قرينة تنبئ عن هذه النية ، ولم يكن
مقصوده أمرا تحرمه الشريعة ، بل تبيحه وتجزئه - ففي هذا
يعامل بما نوى وقصد أمام الله والقضاء • أما اذا كان ما نواه
أمرا لم يبيحه الشرع ، وقامت القرائن على ما قصد فانه يفسد
عقده ولا يصح ، ويرد عليه قصده ، ولا تترتب عليه أحكام
العقد الصحيح ، وذلك كمن قصد بالشراء الربا ، وكالمحلل
اذا قال تزوجت وهو لا يقصد بلفظ التزوج المعنى الذي
جعله الله للزواج في الشرع فانه يكون اخبارا كاذبا أو انشاء
باطلا لأنه ليس له قصد في الصحة ولا في العشرة ، ولا في
المصاهرة ولا الولد ، بل قصده أن يفارق لتمود المرأة الى
غيره : فالله تعالى جعل النكاح سببا للمواصلة والمصاحبة

(١) راجع كتاب الملكية ونظرية العقد للأستاذ المحقق محمد أبو زهرة •

والمودة والرحمة بين الزوجين ، والمحلل جعله سببا للمفارقة
فانه تزوج ليطلق (١) .

وبناء على هذا البيان نستطيع أن نقول ان الشرط الثاني
مبنى على رأى هذه الطائفة الذى ايده بالدليل الواضح الامام
ابن القيم فى كتابه اعلام الموقعين ، وهو - ولا شك - مستند
فى أصله الى الحديث المشهور : « انما الأعمال بالنيات وانما
لكل امرئ ما نوى » ، كما يصح الاستناد فيه الى القاعدة
الشرعية التى وردت بالمذكرة التفسيرية .

أما وصية غير المسلم فقد عرضت له الفقرة الأخيرة من
المادة الثالثة المذكورة ، وقبل أن نعرض لها بالبيان يحسن أن
نجمل آراء فقهاء الحنفية وغيرهم فى وصايا غير المسلمين ،
فنقول : غير المسلم اما أن يكون حريباً ، أو مرتداً ، أو
ذمياً (٢) .

(أ) فالحرى سبق أن ذكرنا حكم وصيته والوصية له
- عند الحنفية - وذلك عند التكلم فى الشرط الرابع من
شروط الموصى له . وفى المذهب الشافعى تصح الوصية من
الكافر سواء أكان حريباً أم لا . كذلك عند الحنابلة لا يشترط
فى الموصى أن يكون مسلماً ، فتصح من الكافر ، كما تصح له
ولو كان مرتداً أو حريباً بدار الحرب ما لم يكن مقاتلاً ،

(١) راجع تفصيل ذلك فى الجزء الثالث من اعلام الموقعين ص ١٠٣ وما بعدها الطبعة
المنيرية .

(٢) غير المسلمين - عند الحنفية - أربعة أصناف .

أ - أهل ذمة : وهم من أقاموا بين المسلمين ، ورضوا بحكمهم ، ودفع الجزية .
وهؤلاء لهم ما لنا ، وعليهم ما علينا ، وهذا فى حق من تقبل منهم كامل الكتاب . وعبد
الأوثان من العجم - بخلاف وثنى العرب فانه لا تقبل منهم الجزية .

ب - المرتدون وعبد الأوثان من العرب وهؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف ،
ولا تقبل منهم الجزية .

ج - ذوو عهد : وهم من عاهدوا المسلمين على ترك الحرب . وهؤلاء لا يحل قتالهم
مادم عهدهم باقياً .

د - حرييون : وهم غير من ذكر أى أنهم غير مسلمين وليسوا بأهل ذمة ولا عهد
ولا يرتدين وحكم الجهاد بالنسبة اليهم معروف فى كتب الفقه .

فان كان فلا تصح الوصية له على الصحيح ، والمالكية كذلك
يشترطون فى الموصى الاسلام : فتصح وصية الكافر للمسلم
الا اذا أوصى بما يحرم على المسلم الانتفاع به كالخمر .
والخنزير (١) .

(ب) والمرتد - فى المذهب الحنفى - على الخلاف
المعروف فى تصرفاته بين الامام وضاحبيه : وصيته جائزة
نافذة عندهما ، ولكنها موقوفة عند أبى حنيفة : ان أسلم
نفذت ، وان مات على ردة بطلت كسائر تصرفاته . أما
المرتدة فالأصح أن وصاياها تصح لأنها لا تقتل ، وصارت
كالذمية ، وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية ، حتى لا تصح
منها وصية . وقالوا فى الفرق بينها وبين الذمية ان الثانية
تقر على اعتقادها ، بخلاف المرتدة (٢) .

وفى المذهب الشافعى : تصح وصية المرتد بشرط أن
يعود الى الاسلام ، أما اذا مات مرتدا فإن وصيته تبطل (٣)
فهو كراى الامام أبى حنيفة

(ج) وصايا الذمى : وصاياها التى يراد منها التملك
والصلوات الشخصية التى لا تدخل فى باب القربات - كوصايا
المسلم حتى قال فى شرح الهداية فى فقه الحنفية : لو أوصى
الذمى بأكثر من الثلث أو ليعض ورثته فانه لا يجوز « أى
الا بالإنجازة » - اعتبارا بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام
الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، ولو أوصى لخلاف ملته
جاز - اعتبارا بالارث : اذ المثل غير الاسلام تعتبر ملة
واحدة (٤) وهذا كما اذا أوصى الذمى لأحد أقاربه أو
أصدقائه ولو كان غنيا .

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ من ص ٤٣٨ الى ص ٤٤٧ .

(٢) شرح الهداية والعناية ج ٨ ص ٤٨٨ ، ورد المختار ج ٥ ص ٤٦١ .

(٣) الجزء الثالث من الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٤٣ .

(٤) شرح الهداية وتكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٨٨ .

أما وصاياه التى تدخل فى باب القربات فهذه تنقسم -
فى المذهب الحنفى أربعة أقسام :

الأول : أن يوصى بما هو قرية عندنا وعندهم - كما إذا
أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس ، أو أوصى لجماعة الرفق
بالحيوان ، أو لمستشفى الولادة بالحي الفلانى * وهذا القسم
جائز بالاتفاق سواء أكانت الوصية لقوم معينين أم لا لأنه
وصية بما هو قرية حقيقة ، وفى معتقدهم أيضا قرية * .

الثانى : أن يوصى بما لا يكون قرية لا فى حقنا ولا فى
حقهم - كما إذا أوصى بالنياحة ، وهذا غير جائز اتفاقا أيضا
لأنه معصية فى حقنا وحقهم * .

الثالث : أن يوصى بما هو قرية عند المسلمين ، وليس
بقربة عندهم - كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد
للمسلمين أو بأن تسرج مساجدهم * .

وهذه الوصية أيضا باطلة باتفاق علماء الحنفية كما فى
القسم الثانى لأنه معصية عندهم فبطلت اعتبارا لاعتقادهم ،
الا أن تكون لقوم بأعيانهم (١) ، فتصح باعتبار التملك ،
لأنهم معلومون ، وما ذكره من الجهة من اسراج المساجد
ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالتزام ،
حتى لا يلزمهم أن يصرفوه فى الجهة التى عينها هو بل يفعلون
به ما شاءوا لأنه ملكهم * .

ويؤخذ من مذهبي الشافعى وأحمد أن الوصية صحيحة
فى هذا القسم الثالث - خلافا للحنفية لأن الموصى به قرية
فى نظر الشرع الاسلامى ، وهما يعتبران القرية المطلوبة أن
تكون فى نظر الاسلام قرية (٢) * وبالموازنة نجد هذا رأى
أولى بالقبول من رأى الحنفية لما فيه من احترام ارادة الموصى

(١) وهم المعلومون الذين يوصى عندهم * .

(٢) راجع شرح قانون الوصية للعالم الاستاذ محمد أبو زهرة ص ٥٤ من الطبعة
الثانية * .

وتنفيذ رغبته ، ولأن الموصى به قرابة فى الواقع والحقيقة .
وان لم يكن قرابة فى اعتقاده ، على أن المصلحة الاجتماعية
تقضى بعدم رد مثل هذه الوضايا التى توثق الروابط ، فقد
يرغب بعض الأثرياء من غير المسلمين فى الوصية ببناء
المساجد ، أو بجزء من ماله للانفاق على عمارتها واصلاح
شئونها تأكيداً لصلات بينه ، وبين العمال والصناع والزراع
من المسلمين - ففى اجازتها تحقيق اليسر ورفع الحرج وقد
اشارت الى ذلك المعنى المذكورة التفسيرية لقانون الوقف حينما
عرضت لشرح المادة السابعة منه ، وبيان مسوغات جواز
وقف غير المسلم على ما هو قرابة عندنا ، وليس قرابة فى ملته ،
وذكرت أن ذلك هو مذهب الشافعية والحنابلة .

الرابع : أن يوصى بما هو قرابة عندهم وليس بقرابة
عندنا : كبناء الكنيسة لقوم غير معينين . وهذا القسم مختلف
فى حكمه بين الامام وصاحبيه : فالامام يقول بجواز الوصية
فيه ، والصاحبان يقولان انها باطلة ، ووجه قولهما ان الموصى
به معصية حقيقة ، وإن كان معتقدهم قرابة ، والوصية
بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقرير المعصية . ووجه
قول أبى حنيفة أن هذه قرابة فى معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن
نتركهم وما يدينون - فتجوز بناء على اعتقادهم ، ورأى
الامام أقوى وأرجح لقوة دليله ، ولما فيه من اليسر ورفع
الحرج ، فان كانت لقوم معينين جازت باجماع علماء الحنفية
تمليكاً ، ولا يلزمهم جعلها كنيسة ، فحاصله أن وصيته لقوم
معينين يجوز فى الكل على أنه تمليك لهم (١) .

ويستخلص مما تقدم بيانه أننا أخذنا بمذهبي الشافعية
والحنابلة فى القسم الثالث ، ورأى أبى حنيفة فى القسم
الرابع - كانت وصية غير المسلم صحيحة فى جميع الحالات

(١) راجع فى ذلك الهداية ، وشرح الناية ج ٨ ص ٤٨٧ ورد المختار ج ٥ ص ٤٦٠
وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٥ .

الا فى حالة واحدة وهى ما اذا كانت الوصية بما هو معصية فى حقنا وحقهم وهو القسم الثانى الذى سبق ذكره .

ولقوة حجج هذا الرأى ، ولما فيه من الرفق ورفع الحرج عن الموصين من غير المسلمين - أخذت به الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من قانون الوصية حيث قضت بصحة وصية غير المسلم الا اذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية - وعلى ذلك فوصية غير المسلم تصح فى ثلاث حالات : ١ - أن تكون وصيته جائزة فى شريعته وعند المسلمين ٢ - اذا كانت جائزة فى شريعته محرمة عند المسلمين ٣ - اذا كانت محرمة فى شريعته ، جائزة عند المسلمين ، وتبطل فى حالة واحدة : وهى ما اذا أوصى بما هو محرم فى شريعته وعند المسلمين .

وقد عرضت المذكرة التفسيرية لبيان غير المسلم فى المادة : فقالت انه شامل للوطنى والأجنبى فى دار الاسلام وللحرى فى دار الحرب ، ثم قالت ان الأحكام موافقة لمذهب الامام أبى حنيفة الا فى الوصية بما هو قرينة عند المسلمين دون شريعة الموصى فانها تصح على مذهب الامام الشافعى غير أن فى اقتصرها على هذا المذهب لتصحيح الوصية فى هذه الحالة محل نظر - لما سبق بيانه .

ثانيا : موجز لشروط الوصية - عند سائر الأئمة :

ذكرنا - فيما سبق - شروط الوصية فى المذهب الجنبى ، وما دار حولها من وفاق وخلاف مع بيان الأدلة ، والموازنة بين مختلف الآراء ، والترجيح بينها . واطمأنا للبحث نذكر موجزا لأهم شروط الوصية فى المذاهب الأخرى :

(أ) : المذهب المالكى :

يشترط فى الموصى - عند المالكية - شرطان : أحدهما أن يكون حرا ، وثانيهما أن يكون مميزا : فلا تصح وصية المجنون والصغير والسكران اذا فقدوا التمييز وقت الإيصاء .

فالبلوغ ليس بشرط لصحة الوصية عندهم - غير أن بعضهم يقول بصحة وصية الصبي المميز مطلقا ، وبعضهم يقول بصحتها بشرط أن تكون بقربة ، كذلك لا يشترط في الموصى الاسلام فتصح وصية الكافر للمسلم الا اذا أوصى بما يحرم على المسلم الانتفاع به كالخمر والخنزير

ويشترط في الموصى له أن يكون ممن يصح أن يملك ما أوصى له به اما حالا واما مالا - فتصح الوصية للحمل الموجود ، أو الذي سيوجد ، فاذا قال أوصيت بكذا لمن سيوجد لفلان من أولاد فانه يشمل من كان حملا في بطن أمه ، ويشمل من لم يكن موجودا أصلا ، فيؤخر الموصى به للحمل اذا لم يكن حملا ، وللوضع ان كان حملا - فاذا وضع الولد استحق الموصى به - بشرط ان يستهل صارخا ، والا فانه لا يستحقه ، فنزول الولد مستهلا شرط استحقاقه للموصى به - لا لصحة الوصية - ثم اذا ولدت أكثر من واحد - وزع الموصى به عليهم ينسبة واحدة : الذكر مثل الأنثى ، ما لم ينص على غير ذلك ، فان نص على تفضيل أحد عمل بنصه (١) .

الوصية للمعدوم في المذهب المالكي :

سبق أن قلنا في المذهب الحنفي : انه يشترط في الموصى له أن يكون موجودا وقت الوصية ان كان معينا بالاسم أو الإشارة ، وأن يكون موجودا وقت الوفاة فقط ان لم يكن معينا بالاسم ولا بالإشارة - كما اذا أوصى لبني فلان ولم يسمهم ولم يشر اليهم ، وذلك لكي تكون الملكية للموصى له بالخلافة عن الموصى .

أما مذهب الامام مالك - فانه لا يشترط وجود الموصى له وقت الوصية ، ولا وقت موت الموصى - خلافا لمذهب الحنفية - فتجوز الوصية - عند المالكية للمعدوم ، وهو من لم يكن موجودا وقت انشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد في

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٤٠ و ٤٤١ .

المستقبل ، سواء أوجد عند الوفاة ، أم لم يوجد إلا بعدها •
ومذهب مالك - فى هذا - أرجح من مذهب الحنفية ، لما فيه
من التوسعة على الناس ، وهذا يتفق مع المصلحة ، إذ الوصية
من أعمال البر والصلوات ، وهذه يتوسع فيها بما لا يتوسع
فى غيرها • وقد أجاز الفقهاء فى الوصية ما لم يجيزوه فى
سواها ، حتى أجازوها بالمجهول ، وبالمعدوم الذى سيوجد ،
ولأن الوصية كالوقف ، وقد صح الوقف على من سيوجد ،
فتصح الوصية أيضا •

كذلك تجوز الوصية - عند مالك - للميت ، فى الأقوال
المشهورة عنه ، ان علم الموصى بموته وقت الوصية ، وهى
لورثته بعد قضاء ديونه ، وتنفيذ وصاياه - لأن الفرض
نفعه بها ، وبهذا يحصل له النفع ، فأشبه ما لو كان حيا •
وتبطل الوصية اذا لم يكن له وارث ، وليس عليه ديون
ولا وصايا - لاستحالة تنفيذها • أما اذا كان الموصى لا يعلم
وقت الوصية بموت الموصى له - فأنها لا تضح ، لأن الظاهر
أنه قصد الوصية له بفرض كونه حيا •

وجمهور الفقهاء - ومنهم أبو حنيفة والشافعى وأحمد -
على بطلان الوصية للميت - لأنه ليس أهلا للملك ، ولأنه
أوصى لمن لا تصح الوصية له اذا لم يعلم حاله ، فكذلك
لا تصح اذا علم حاله ، ولأنه عقد يفتقر الى القبول فلم يصح
للميت كالأهبة • ووافق رأى الجمهور من المالكية محمد بن
عبد الحكم ، فقال ببطلانها • أما سائر المالكية فانهم يقضون
بما فيه المصلحة فى نظرهم ، ولو خالف القواعد ، وقالوا ان
المصلحة هنا فى تنفيذ الوصية للميت لأن فيه تنفيذ ارادة
الموصى ، وعدم اهدار قوله • كما أن فيها مصلحة الموصى له
بسد ديونه واعطاء ورثته ، وهم لا يتمسكون بالقواعد ان
عارضت المقاصد والمصالح ومهما يكن من شيء - فرأى
جمهور الفقهاء أولى وأرجح (١) •

(١) راجع المغنى ج ٦ ص ٤٣٦ طبعة المنار ، ثم شرح قانون الوصية للعالم الجليل
الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٨٣ ، ٨٤ من الطبعة الثانية •

وبمذهب المالكية الذى يجيز الوصية للمعدوم - آخذ
قانون الوصية المصرى فكان أساسا للأحكام التى وردت بالمواد
٢٦ و ٢٧ و ٣٠ :

فالمادة ٢٦ : قضت بصحة الوصية بالاعيان للمعدوم ،
ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون والمراد بالمعدوم من
لم يوجد ، وبالموجود ما يعم الموجود بالذات وبالوصف *
وتصح هذه الوصية مطلقا سواء اذكرهم الموصى بلفظ يدل
على انهم لم يوجدوا كالوصية لمن سيوجد لفلان من أولاد ، او
لم يكون فقيرا منهم ، ولم يكن منهم فقير حين الوصية ، أم
ذكرهم بلفظ يشمل الموجود منهم ومن لم يوجد كالوصية
لأولاد فلان أو لطلبة العلم منهم * ثم ذكرت المادة أن الغلة
قبل وجود أحد منهم تكون ملكا لورثة الموصى ، وعند اليأس
من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا
لورثة الموصى * أما اذا وجد أحد منهم عند موت الموصى أو
بعده - فانه يستحق الغلة الى أن يوجد غيره ، فيشترك معه
فيها ، وهكذا الى حين اليأس من وجود مستحق آخر - فتكون
العين والغلة للموصى لهم جميعا ، ويكون نصيب من مات منهم
لورثته *

والمادة ٢٧ : قضت بأن الوصية لمن ذكروا فى المادة ٢٦
اذا كانت بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى
- تكون لورثة الموصى ، وان وجد مستحق حين الوفاة أو
بعدها - كانت المنفعة له ، ولكل من يوجد من المستحقين الى
حين انقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس
من وجود غيرهم من الموصى لهم - ترد العين لورثة الموصى
ان لم يكن قد أوصى بها لآخر ، فتكون له ، هذا ويراعى
ما نصت عليه المادة ٧٠ - وهو أن الوصية بالمرتببات لغير معين
لا تصح الا بالنسبة للموجودين حين موت الموصى - آخذنا
بمذهب الحنفية *

ويلاحظ - كما قضت المادة ٢٩ - أن الوصية بالمنفعة للطبقات لا تصح إلا للطبقتين الأوليين ، فإن كانت لأكثر من طبقتين بطلت فيما زاد عليهما أخذاً من مذهب ابن أبي ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع (١) ، وميتى انقضت الطبقتان كانت العين تركة إلا اذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم *

والمادة ٣٠ : قضت بصحة الوصية لمن لا يحصنون ، ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة ، ومن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعيينه لذلك . وقالت المذكرة التفسيرية ان هذه المادة جديدة مأخوذة من مذهب الامام مالك ، ومن القاعدة الشرعية وهى أن لولى الأمر أن يأمر بمباح : فمذهب مالك يجيز الوصية لمن لا يحصنون (كالوصية لأهل القاهرة) وينص على أنه ينبغي إثارة المحتاجين منهم وأنه لا يلزم التعميم ولا المساواة ، بل يترك الأمر فى ذلك لاجتهاد منفذ الوصية أو الحاكم - وبناء على القاعدة الشرعية المذكورة يجوز لولى الأمر أن يعين الجهة التى يجب الصرف إليها ، وهم المحتاجون ، فتختص بهم دون غيرهم (٢) *

(ب) المذهب الشافعى :

يشترط فى الموصى أن يكون بالغاً عاقلاً حراً مختاراً ، فلا تصح وصية الصبى والمجنون والمغنى عليه ، وفى قول آخر عند الشافعية : تصح وصية الصبى المميز اذا كانت فى

(١) المذكرة التفسيرية المادة ٢٩ *

(٢) المذكرة التفسيرية المادة ٣٠ *

وجوه الخير (١) : ولا يشترط فى الموصى الاسلام ، فتصح من الكافر ، سواء أكان حربيا أم لا ، وكذا تصح وصية المرتد بشرط أن يعمود للاسلام ، أما اذا مات مرتدا فان وصيته تبطل ، وتصح عنده وصية المحجور عليه لفسه أو فلس لأن عبارتهم صحيحة . وهم فى حاجة الى الثواب .

ويشترط فى الموصى له شروط :

أحدها : أن يكون ممن يتأتى له الملك بنفسه ان كان مكلفا ، أو بوليّه ان كان صبيا أو مجنونا ، نحوهما . فلا تصح الوصية للميت حال موته لأنه لا يتأتى له الملك — خلافا للمالكية على ما سبق بيانه — ولا للمعدوم الا اذا كان تابعا للموجود ، وعلى ذلك تصح الوصية اذا قال : أوصيت بكذا لأولاد فلان الموجودين ، ولن سيحدث له من الأولاد : فان الوصية تصح للجميع على أن يكون المعدوم تابعا للأولاد الموجودين . أما اذا أوصى لمن سيحدث لفلان من الأولاد فانه لا يصح لأن الشرط أن يكون الموصى له ممن يتأتى له الملك ، والمعدوم لا يتأتى له ذلك ، وهذا بخلاف الوقف : فانه يصح فيه ذلك لأن المقصود منه الدوام (٢) . ويستثنى من عدم صحة الوصية للميت : الوصية بنفسه وتكفينه وتجهيزه ، فهي جائزة لأنها فى الحقيقة وصية لمن يلى أمر تجهيزه ، أو يقال : انها وصية لجهة بر ، لا لشخص الميت .

ومن ذلك الوصية على الدابة لأنها غير أهل للملك الا اذا كان الغرض صاحبها أو علفها . وان كانت لعلفها اعتبرت الوصية لجهة بر لأن اطعام الحيوان والرفق به من جهات البر — غير أنه يشترط لصحة الوصية أن يقبلها مالك الدابة لأنه

(١) روت ذلك القول كتب المنفية — انظر شرح الهداية ، وكتاب تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٥ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٤٣ ، ٤٤٤ .

المقصود بالوصية فى هذه الحالة ، ولكن لا يسلم علفها للمالك بل يصرفه الوصى ان وجد ، فان لم يكن يسلم للقاضى أو نائبه (١) واذا باعها بعد موت الموصى انتقلت الوصية للمشتري على المعتمد .

ثانيها : أن يكون الموصى له مغبنا ان كان شخصا غير جهة — كخالد ، فاذا أوصى بثلث ماله لخالد ولم يعينه فلا تصح الوصية .

أما اذا كانت الوصية لجهة بر فانه لا يشترط تعيينها — كما اذا أوصى للمفقراء والمساكين . فانه يصح ولا يلزم تعيين فقراء مخصوصين ، بل لو قال أوصيت بكذا من مالى ، ولم يذكر الموصى له أصلا — فانه يصح لأن الموصى له يكون مذكورا ضمنا ، وهو جهة البر .

وتصح الوصية — فى المذهب الشافعى — بالحمل . كما فى المذهب الحنفى : فاذا أوصى شخص لآخر بالحمل الذى فى بطن بقرته فان الوصية تصح . واذا كان الحمل موجودا فى بطن أمه يشترط أن يكون وجوده معروفا عند الوصية ، وأن يتفصل حيا ، ويرجع فى معرفة مدة حملة الى أهل الخبرة . أما اذا كان الحمل معدوما رأسا فان الوصية تصح به لأنه لا يشترط أن يكون الموصى به موجودا حتى صحت الوصية عندهم بثمرة البستان ، وبحمل الدابة فى هذا العام على الأصح (٢) .

كذلك تصح الوصية للحمل كما اذا قال أوصيت لولد فلان الذى فى بطن أمه بكذا : ففي هذه الحال تصح الوصية له بشرطين

(١) المصدر السابق .

(٢) المصدر السابق ص ٤٤٥ .

الأول : أن ينقصل حيا بحياة مستقرة ، فلا يكتفى بخروج أكثره حيا كما هو رأى الحنفية (١) . وبمذهب الشافعى فى ذلك أخذ القانون فى مادته الخامسة والتلائين ، وقالت المذكرة التفسيرية انه قد رؤى من المصلحة العدول عن مذهب الحنفية الى مذهب الشافعى الذى يشترط فى الحمل أن يولد وبه حياة مستقرة . ثم قالت ان الحياة المستقرة تثبت بوجود الأعراض الظاهرة للحياة كالبكاء والصراخ والشهيق ، فان لم توجد هذه الأعراض رجع الى رأى الأطباء الشرعيين للتحقق من أن الجنين ولد حيا حياة يقينية .

الشرط الثانى : أن يكون موجودا عند الوصية ، ولأن الشافعية يرون أقصى مدة الحمل أربع سنين – اختلفوا بعض الاختلاف مع الحنفية فى طريق معرفة وجود الحمل عند الوصية : فقالوا : يعرف وجوده اذا ولدته فى مدة تقل عن ستة أشهر من وقت الوصية اذا كانت المرأة فراشا ينسب الحمل اليه كان تكون متزوجة . أما اذا لم تكن كذلك – فان لم يكن لها فراش أصلا فلا تصح الوصية ، وان كان لها زوج توفي عنها أو طلقها فان الوصية تكون للحمل اذا ولدته لأقل من أربع سنين ، وهى أقصى مدة الحمل عندهم (٢) .

(ج) العنابلة :

يشترط عندهم – فى الموصى أمور : منها أن يكون عاقلا فلا تصح الوصية من المجنون جنونا مطبقا ، ولا كذلك الذى يغمى عليه أو يختنق (يتشنج) أحيانا ثم يفيق : فان وصيته تصح حال افاقته .

وأما ضعيف العقل ضعفا لا يمنع رشده فان وصيته تصح فى ماله ، كما يصح له أن يقيم وصيا على أولاده من بعد موته فاذا كان ضعيف العقل ضعفا يمنع رشده ويوجب الحجر عليه – فانه يصح له أن يوصى بماله فقط ، ولا يصح له أن

(١) لأن الأكثر عندهم حكم الكل .

(٢) المصدر السابق ص ٤٤٥ .

يقيم وصيا على أبنائه لأنه إذا كان لا يحسن التصرف على نفسه - فلا يملك اختيار من يتصرف على غيره • ويظهر أن هذه التفرقة بين صحة وصيته بالمال وعدم صحة إقامته وصيا على أولاده • غير مقبولة لأنه إذا كان ضعف عقله شديدا بحيث يوجب الحجر عليه كان ذلك موجبا للحكم عليه بعدم حسن التصرف في أمواله أيضا •

ومنها أن يكون الصغير مميزا • فلا تصح من صبي فاقد التمييز • وتصح من الصغير المميز (١) فالبلوغ عندهم ليس بشرط كمال الكية •

ومنها ألا يكون محجورا عليه لسفه إذا أراد الإيصاء على أولاده ، فايصاؤه باطل لأنه لم يحسن التصرف على نفسه ، فلا يحسن اختيار من يوصيه على غيره • أما وصية المحجور عليه لسفه بماله فإنها تصح في أصح الوجهين عندهم - لأن وصيته مصلحة من غير ضرر ، فانه إن عاش لم يذهب من ماله شيء وإن مات فهو محتاج إلى الثواب ، فصحت وصيته كعباداته (٢) •

ولا يشترط في الموصى له أن يكون نسلا : فتصح الوصية للكافر ولو مرتدا أو حربيا بدار الحرب ما لم يكن مقاتلا • فان كان فلا تصح الوصية له على الصحيح •

وتصح الوصية لفرس فلان أو دابته وإن لم يقبل فلان الوصية ، ويصرف الموصى به في علفه • ويتولى الانفاق عليه الوصى أو القاضى لا صاحب الفرس (٣) وهذا الحكم - كما ترى - مخالف لرأى الحنفية والشافعية - ولكنه جدير بالقبول والأرجحية لما فيه من مراعاة الحيوان والرفق به • واعتباره كأنه جهة من جهات البر •

(١) هناك روايات وأقوال أخرى في المنع المني بالوصية للصبي إذا عقل - منها أنها تصح إذا جاوز العشر ووافق الحق • ومنها أنها لا تصح حتى يبلغ - راجع المغنى ج ٦ ص ٥٢٦ ، والشرح الكبير ج ٦ ص ٤١٧ •
(٢) الشرح الكبير في فقه المناظرة ص ٤١٦ •
(٣) راجع فيما تقدم الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٤٦ ، ٤٤٧ •

ومنها ألا يكون الموصى له قاتلا للموصى • وقد تقدم
تفصيل ذلك وبيانه فى شروط الموصى له عند الحنفية •

وتصح الوصية للحمل - فى المذهب الحنبلى - كغيره من
المذاهب - لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها
انتقال المال من الانسان بعد موته الى الموصى له بغير عوض.
كانتقاله الى وارثه • والحمل يرث ، فتصح الوصية له ، ولأن
الوصية أوسع من الميراث فانها تصح للمخالف فى الدين -
بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى (١) - غير
أنه يشترط لصحة الوصية ما يأتى :

أولا : أن يولد حيا - فان انفصل ميتا بطلت الوصية
لأنه لا يرث ، ولأنه يحتمل ألا يكون حيا حين الوصية •
فلا تثبت له الوصية ولا الميراث بالشك •

ثانيا : أن يحكم بوجوده حال الوصية ، وبيان ذلك
يستفاد مما قاله صاحب المقنى ، وصاحب الشرح الكبير فى
فقه الحنابلة (٢) وخلاصة ما قالاه : ان المرأة ان كانت فراشا
لزوج متمكن من قربها فانه يشترط لصحة الوصية للحمل أن
تأتى به لسته أشهر فأقل للعلم بوجوده حين الوصية ، فان
أتت به لأكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد
الوصية • كذلك يشترط اذا وصى لحمل امرأة من زوجها
المعين - الحاقه به ، وثبوت نسبه منه ، فان انتفى منه لم
تصح الوصية له لعدم نسبه المشروط فى الوصية •

وان كانت فراشا لزوج لا يقربها لكونه غائبا فى بلد
بعيد أو مريضا مرضا يمنع من القربان ، أو كان أسيرا أو
محبوسا أو نحو ذلك - فان الحنابلة لا يفرقون بين هذه الصور
وبين حالة تمكنه من المباشرة لأنهما لم يفترقا فى لحوق
النسب بالزوج فكانت فى حكم من يقربها - قال صاحب

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٧٤ وما بعدها •

(٢) ج ٦ ص ٤٧٥ ، ٤٧٦ •

المغنى : « ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحال لوقت يغلب على الظن أنه كان موجودا حال الوصية - مثل ان تضعه لاقل من غالب مدة الحمل ، أو تكون امارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجودا بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا - صحت الوصية له - الى آخر ما قال » .

أما اذا كانت المرأة بائنا فان أتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية . فان الوصية لا تصح له . وان أتت به لاقل من ذلك - صحت الوصية له لأن الولد يعلم وجوده اذا كان لستة أشهر ، ويعلم بوجوده اذا أتت به لاقل من أربع سنين من حين الفرقة ، وهذا مذهب الشافعى (١) ، وهذا الحكم مبنى على أن أقصى مدة الحمل أربع سنين عند كل من الحنابلة والشافعية . وهناك وجه آخر فى المذهب الجنبلى مبنى على أن أكثر مدة الحمل سنتان ، وهو أن المرأة اذا كانت بائنا لا تثبت الوصية للحمل اذا أتت به لأكثر من سنتين (٢) .

ويشترط فى الموصى به أن يكون فى اختصاص الموصى ، فلا تصح الوصية بملك الغير ولو ملكه بعد الوصية : فاذا قال أوصيت بمال فلان ، ثم ملكه بطلت الوصية . وهذا متفق مع المذهب الحنفى . ولا يشترط فى الموصى به عند الحنابلة - أن يكون موجودا - فتصح الوصية بالمعدوم - كثمر البستان مدة معينة - أو دائما ، كما تصح الوصية بما تحمل دوابه وأغنامه ، وبعضهم يقول : لا تصح بمثل ذلك . وكذا لا يشترط فيه أن يكون مقدورا على تسليمه : فتصح الوصية بالطير فى الهواء ، والحيوان الشارد ، ونحو ذلك . وعلى الموصى له أن يسعى فى الحصول عليه (٣) .

(١) للمغنى ج ٦ ص ٤٧٥ .

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع ج ٦ ص ٤٧٧ .

(٣) المصدر السابق ص ٤٤٧ ، ٤٤٨ .

وهناك مسائل ورد ذكرها فى مبحث شروط الوصية -
التي سبق بيانها ولكنها تحتاج الى نوع خاص من البحث ،
لما يدور حولها من اختلاف وجهات النظر ، وما يساق فيها
من ادلة وحجج - ولهذا تصح أن تكون موضع مقارنة
وموازنة وترجيح . كما أن هناك بعض مسائل متصلة بهذه
الشروط وتحتاج الى بحث ونظر . ولذلك سنخصص - فيما يلي -
أهمها بالبحث وهذه هي :

- ١ - وصية الصبي . ٢ - الوصية للحمل بين الفقه
- والقانون ٣ - مبطلات الوصية . ٤ - الرجوع عن الوصية
- ٥ - الوصية للوارث .

١ - وصية الصبي

اتفق الأئمة والفقهاء على أن وصية الصبي غير المميز
الذي لا يقصد الى معانى العبارات قصدا صحيحا - باطلة
لفقدانه الأهلية فهو كالمجنون والمعتوه غير المميز .

أما الصبي المميز فقد سبق رأى المالكية فى الحكم على
وصيته وهو أنها صحيحة مطلقا فى رأى بعضهم ، وصحيحة
بشرط أن تكون بقربة على رأى بعضهم الآخر . كذلك تقدم
رأى الحنابلة فى وصيته وهو أنها صحيحة . وعند الحنفية :
وصيته لا تصح .

أما الشافعى فقد قال فى شرح الوجيز للرافعى (١) :
« فى وصية الصبي المميز قولان : أرجحهما عند الأستاذ أبى
منصور أنها صحيحة ، وبهذا القول قال مالك وأحمد . والثانى
وهو الأظهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة . أنها باطلة
كهيبته واعتاقه » . وكتب الحنفية كالهداية وتبيين الحقائق
قيدت صحة الوصية على أحد قولى الشافعى - بما اذا كانت

(١) راجع حاشية سعدى جلى على العناية ج ٨ ص ٤٣٣ .

فى وجوه الخير ، والقانون فى مادته الخامسة لا يجيز الوصية ممن لم تبلغ سنة ثمانى عشرة سنة شمسية ، فاذا بلغها جازت وصيته باذن المجلس الحسبى ، ومن المقرر قانونا ان الوصاية او الولاية على المال تنتهى متى بلغ القاصر من العمر احدى وعشرين سنة ميلادية الا اذا رأى المجلس استمرارها - وحجه من قال بصحة وصيته ان غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين ، فأوصى لبنت عم له ، وله وارث - فرفضت القضية الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فأجاز وصيته ، كما روى مالك فى موطئه عن عبد الله بن أبى بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره « انه قيل لعمر بن الخطاب ان ها هنا غلاما يفاعا (١) لم يحتلم وورثته بالشام ، وهو ذو مال - وليس له ها هنا الا ابنة عم - قال عمر : فليوص لها » وعن عثمان أنه أجاز وصية غلام ابن احدى عشرة سنة (٢) ، ولأن الوصية لا تزيل ملك الصبى فى الحال ، وفيها نظر له بتحصيل التقرب الى الله تعالى واذا لم تنفذ الوصية يبقى ماله ملكا لغيره - فكانت الوصية أولى ، ولأن الوصية أخت الميراث ، والصبى فى الارث عنه بعد موته كالبالغ - فكذا فى الوصية -

وحجة القائلين بعدم صحة وصيته - وفى مقدمتهم الحنفية - أنها تبرع وهو ليس من أهله ، ولأن قوله غير ملزم - لقصور أهليته ، وتصحيح وصيته يؤدى الى القول بأن قوله ملزم -

ثم قال الحنفية ان الأثر المذكور محمول على أنه كان قريب العهد بالبلوغ فسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه ، وأنه كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير ، كما يحتمل أن وصية السلام كانت فى تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز فى المذهب الحنفى ، كذلك قالوا فى الرد على أن

(١) يقال أيفع الغلام : اذا شارف ولما يحتلم - ويريد باليفاع اليافع - راجع النهاية فى غريب الحديث والأثر -

(٢) المصدر السابق ، وانظر شرح قانون الوصية -

وصية الصبى فيها نفع له باحراز الثواب بعد الموت - بأنه يترك المال على ورثته يحرز الثواب فلا يتعين فيها النفع - وكذلك إذا أوصى الصبى ثم مات بعد الادراك - لم تجز تلك الوصية لعدم الأهلية وقت المباشرة ، وكذا إذا قال : إذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية - لقصور أهليته ، فهو ليس بأهل لقول ملزم • فلا يملكه تنجيذا ولا تعليقاً كما فى الطلاق • وقال الطحاوى فى تقوية رأى الحنفية : ان الاحتجاج بالأثر المروى عن عمر رضى الله عنه لا يصح من الشافعى - اى على أحد قوليه - بصحة الوصية من الصبى - لأنه مرسل اذ هو رواية عمرو بن سليم ، وهو لم يلق عمرا (١) • وقال ابن حزم : هو مخالف لقول الله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » فهذه الآية تدل على أن الصبى ممنوع عن ماله (٢) •

وليس كل ما قاله الحنفية فى الرد على حجج القائلين بصحة الوصية - مسلماً به ، فان افتراضهم أن الغلام فى الأثر المذكور كان بالغاً يدفعه ما صح فى روايته من أنه كان غلاماً لم يحتلم ، واحتمال كون وصيته فى أمر تجهيزه ودفنه يردده ما جاء فى الأثر من أنه أوصى لابنة عم له بمال، فكيف يصح هذا التأويل ؟

ومع هذا كله فنحن بالموازنة بين رأى القائلين بعدم صحة الوصية من الصبى ورأى القائلين بصحتها منه - نميل الى الرأى الأول ، ونرجحه لا من الطريق التى سلكها الحنفية ، ولكن لأن الوصية انما جازت وشرعت لسد ما توجبه الضرورة ، أو للوفاء بما تقتضيه الحاجة من استدراك المكلف ما عسى أن يكون قد فاته فى حياته من واجبات ، أو تنفيذ

(١) شرح العنابه على الهداية ج ٨ ص ٤٣٣ - هذا والمرسل لا يحتج به الشافعى الا بشروط معينة معينة فى كتب أصول الفقه •
(٢) المصدر السابق •

ما يرغب فيه من بر وصلات • ولعل ما نسب الى عمر وعثمان
رضى الله عنهما - كان عن اجتهاد منهما •

٢ - الوصية للحمل : بين الفقه والقانون

بيننا - فيما تقدم - حكم الوصية للحمل عند الحنفية ،
وغيرهم من الشافعية والحنابلة • وأشرنا الى أن سبب
اختلافهم فى بعض أحكامه وتفصيلاته انما يرجع الى اختلافهم
فى أقصى مدة الحمل •

ولما كان قانون الوصية المصرى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦
عرض لبيان حكم الوصية للحمل ، وشروط صحتها وبيان
طريقة استحقاقه فى المادتين ٣٥ ، ٣٦ - وكانت جل أحكامه
فى هذا الشأن أيضا مبنية على تحديد مدة الحمل ومراعاة
اعتبارات أخرى - ناسب أن نقدم بين يدى الموضوع كلمة عن
مدة الحمل • أقلها وأقصاها فى نظر الفقهاء وفى رأى
القانون ، ثم نقضى على أثرها ببيان الوصية للحمل كما
ذكرها القانون •

اتفق الفقهاء على أن الولد لا يلحق بالفراش فى أقل من
سته أشهر اما من وقت العقد ، واما من وقت الدخول - على
الخلاف فى ذلك •

فأقل مدة الحمل ستة أشهر اجماعا • والغالب فيها تسعة
أشهر (٢) - وقد توصل الفقهاء الى تعيين أقل مدة الحمل
استبطا من قول الله تعالى (٣) « وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا » مع قوله « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين

(١) بداية المجتهد لاين رشد ج ٢ ص ٣٠٨ طبعة الحلبي سنة ١٣٣٩هـ •

(٢) أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للعلامة الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم

ص ٣٤٨ طبعة المتوح سنة ١٩٢٥م •

(٣) راجع تفسير البيضاوى « سورة الأحقاف » •

لمن أراد أن يتم الرضاعة « لأنه يحط مدة الفصال (حولين) .
تبقى ستة أشهر لأقل مدة الحمل » .

أما أقصى مدة الحمل فقد اختلفوا فيها اختلافا كثيرا :
فالحنفية يقولون ان أقصى مدة الحمل سنتان مستدلين بما
رواه الدارقطني والبيهقي في سننهما عن عائشة رضى الله
عنها قالت :

« ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل
عمود المغزل » أى حال دورانه ، والغرض تقليل المدة . فان
ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال (١) .
وفى معناه ما ورد عنها : « لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر
من سنتين ولو بفلكة مغزل » (٢) .

وعند الليث بن سعد الفهمي : ثلاث سنين ، وعند مالك :
خمس ، وقال بعض أصحابه : سبع وبه قال الزهري ، وقال
الشافعي : أربع سنين ، وهو رأى عند المالكية ، ورأى
الحنابلة .

وقال محمد بن عبد الحكيم المصري : أقصى مدة الحمل :
سنة هلالية وقال داود : تسعة أشهر (٣) .

هذا وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة . ولو
ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيء لأخذ به
جمهور أئمة الشريعة ، ولم يركنوا الى أقوال أفراد العامة
في ذلك نساء ورجالا . ولو ثبت الأثر المذكور ، المنسوب الى
عائشة ما قال مالك رضى الله عنه فيه : سبحان الله ، من يقول
هذا ؟ ومالك من كبار أئمة الحديث ، كما هو من كبار أئمة
الفقه ، كذلك الشافعي رضى الله عنه لم يقل به مع علمه
ومكانته في السنة .

(١) للمصدر السابق ص ٣٤٦ .

(٢) فقه الاسلام للمؤلف ص ٢٩٠ من الطبعة الأولى .

(٣) المصدر السابق ، وكتاب بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٠٨ .

كذلك أقوال مالك والشافعي والليث والزهرى فى أقصى مدة الحمل ليس عليها دليل ثقلى ولا واقعى ، وانما بنى أغلبهم رأيه فى ذلك على أخبار آحاد من الناس ، أو أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين (١) ، وكل هذا مخالف لما دلت عليه الاستقراءات الطبية والتجارب المحكمة . والملاحظات الدقيقة المتكررة التى وصلت الى درجة اليقين الاستقرائى : فقد شهد كل منها بأن الولد لا يمكث فى بطن أمه أكثر من مدة الحمل المعتادة وهى تسعة أشهر ، ثم يولد حيا الا نادرا فيمكث الى ثلثمائة يوم ، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر اذا وجد عائق ، غير أنه اذا كان الحمل خارج الرحم فقد يمكث زمنا طويلا ، ولكنه يكون ميتا ، ويظهر على شكل ورم (٢) . ولهذا كان أولى الآراء بالقبول والأرجحية رأى من يقول : ان أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، ثم يليه رأى محمد بن عبد الحكيم الذى يقول انها سنة قمرية - قال ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد (٣) : المسألة (يعنى أقصى مدة الحمل) مرجوع فيها الى العادة والتجربة . وقول ابن عبد الحكيم والظاهرية أقرب الى المعتاد . والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد ، لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلا ، وهذا الكلام كما ترى - قوى من كل الوجوه ، جدير بالاتباع والقبول .

ولما رأت وزارة العدل المصرية فى سنة ١٩٢٩ تعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية - أصدرت القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وقد اشتمل على المادة ١٥ - الخاصة بدعوى النسب ، وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون عند تعرضها للمادة المذكورة أن رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنى على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ، وليس فيها كتاب

(١) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عند بيانها للمادة ١٥ .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ طبعة

الفتح سنة ١٩٢٥ م .

(٣) ج ٢ ص ٣٠٨ طبعة سنة ١٩٣٩ هـ .

ولا سنة - فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكنها الحمل ، فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى - عند التشريع - أن تعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما ، حتى تشمل جميع الأحوال النادرة • وهو قريب من رأى ابن عبد الحكم الفقيه المصرى المالكى ، ولم يختلفا الا فى صفة السنة التى اعتبرت أقصى مدة للحمل • فابن عبد الحكم يعتبرها سنة هلالية ، والطبيب الشرعى اعتبرها ٣٦٥ يوما •

وفى اعتقادى أن الطبيب الشرعى ليس لديه طريقة يتيقن بها أن الولد قد يملك فى بطن أمه حيا طوال هذه المدة ، ولا دليل على ذلك الا مجرد الظن اتباعا للأحوط ، وأعتقد أنا لو جمعنا مؤتمرا دوليا للأطباء لبحث هذا الموضوع فانه من البعيد جدا أن يتفقوا على تعيين المدة التى حددها الطبيب الشرعى بدليل ما نقله صاحب كتاب أحكام الأحوال الشخصية من أن الاستقراءات الطبية والتجارب دلت على أن الولد لا يملك فى بطن أمه أكثر من مدة الحمل المعتادة ثم يولد حيا الا نادرا ، فيملك الى ثلثمائة يوم ، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر اذا وجد عائق •

ومن الممكن بعد هذا البيان أن نلخص الأسس التى بنيت عليها أحكام المادة ٣٥ - الخاصة بالوصية للحمل - فيما يأتى :

أولا : أنها اشترطت لصحة الوصية للحمل شرطين (١) : الأول أن يولد الحمل كله حيا - حياة مستقرة - أخذا من مذهب الشافعى (٢) - وقد بينا ذلك من قبل • الثانى : أن يكون موجودا حين الوصية اذا كان معينا بالتعيين كما اشترط ذلك المذهب الحنفى ، وبعض المذاهب الأخرى - غير أن طريقة التحقق من وجوده حين الوصية خالفت فيه المادة بعض ما اشتملت عليه المذاهب الفقهية التمهيدية بيناها من قبل لما سيذكر فى سائر الأسس •

(١) راجع المذكرة التفسيرية •

(٢) ومثله ما ورد فى المذهب المالكى والحنبل •

ثانيا : اعتبارها أقصى مدة الحمل خمسة وستين وتلثمائة يوم بناء على رأى الطبيب الشرعى الذى سبق ذكره . الا اذا كانت الحامل زوجا ، او خالصة من الأزواج وعدنهم ولم يقر الموصى بالحمل وقت الوصية ، فانها اعتبرت المدة المعتادة للحمل وهى تسعة الاشهر ، وقالت المذكرة التفسيرية انها عدلت عن مذهب الحنفية الذى يشترط لصحة الوصية للحمل الذى لم يقر به أن يولد لأقل من ستة اشهر من وقت الوصية اذا كانت الحامل زوجا - الى مذهب الحنابلة ، وهو أن تلده لسبعين ومائتى يوم فاقل ولو لم تكن متزوجة - مراعاة لمصلحة الطفل . وهنا يلاحظ أنه بهذا الأساس تكون المادة خالفت رأى ابن عبد الحكم الذى استندت اليه فى اعتبار السنة أقصى مدة للحمل اذ اعتبرت السنة شمسية فى حين أن الحكم يعتبرها سنة هلالية ، كما خالفت المذهب الحنبلى فى اعتبار تسعة أشهر بالأيام فقدرتها بسبعين ومائتى يوم ، فى حين أنها فى ذلك المذهب تعتبر هلالية أيضا (١) وبالتالى تكون المادة باعتبارها السنة الشمسية أقصى مدة للحمل - قد خالفت أيضا المذهب الحنفى فى اعتباره أقصى مدة الحمل سنتين ، كما خالفت المذهب الشافعى والحنبل فى اعتبارهما أقصى مدة الحمل أربع سنين .

ثالثا : اذا كانت الوصية لحمل من شخص معين - اشترط مع ما ذكر أن يثبت نسب الحمل شرعا من ذلك المعين ، وهو مذهب الشافعى ، والا لم تصح الوصية له .

رابعا : اذا مات الموصى قبل انفصال الحمل - وقفت غلة الموصى به ان كانت له غلة حتى ينفصل الحمل حيا ، فتكون له ، والا كانت لورثة الموصى (٢) ثم ان الحمل يستحق الغلة - متى توافرت شروط الاستحقاق - من وقت وفاة الموصى ، وقالت المذكرة التفسيرية ان هذا هو مذهب الحنفية .

(١) شرح قانون الوصية للعالم البهانة محمد أبو زهرة من ٨٩ .

(٢) راجع المذكرة التفسيرية للمادة ٣٥ .

إذا عرفت هذه الأسس اتضحت الأحكام الآتية التى
قضت بها المادة ٣٥ وهى تتلخص فى ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية
سواء أكانت الحامل زوجاً أم معتدة ، أم خالية من الأزواج
وعدتهم . وفى هذه يعتبر الحمل موجوداً حين الوصية ان
ولدت له لسنة شمسية فأقل من وقت الوصية ، وقدرت المادة
هذه السنة بخمسة وستين وثلثمائة يوم ، فان ولدت لأكثر من
هذه السنة لم تصح الوصية للحمل ، وبالرجوع الى مذهب
الحنفية الذى سبق ذكره نجد هذه الحالة شبيهة بما قاله علماء
الحنفية فى حالة ما اذا أقر الموصى بوجود الحمل ، ولا يفترقان
الا فى اختلافهما فى أقصى مدة الحمل : فالحنفية — وقد قالوا
ان أقصاها سنتان — قرروا اشتراط أن تلده فيما بين سنتين
من وقت الوصية ، والقانون — وقد اعتبر أقصى مدة للحمل
سنة شمسية — قرر اشتراط ولادته لخمس وستين وثلثمائة
يوم فأقل من وقت الوصية لأنه فى حال الاقرار يؤخذ المقرر
باقراره الا اذا ثبت يقيناً كذبه فى هذا الاقرار ، ومتى
ولدت فى المدة التى اعتبرها القانون أقصى مدة للحمل —
« سنة شمسية » ولم تأت به لأكثر منها — فلا مسوغ لتكذيب
المقرر فى اقراره ، فيؤخذ به هو وورثته .

الحالة الثانية : ألا يوجد اقرار من الموصى ، وكانت
الحامل زوجاً حقيقة أو حكماً كما فى عدة الطلاق الرجعى ،
أو خالية من الأزواج وعدتهم ، وفى هذه اشترط القانون
لصحة الوصية للحمل أن تأتى به لسبعين ومائتى يوم على
الأكثر من وقت الوصية فكان القانون فى هذه الحالة اعتبر
مدة الحمل تسعة أشهر لأن الحمل عادة يكون لهذه المدة ، كما
هو المشاهد المعتاد عند الناس . وقد خالف القانون بذلك
مذهب الحنفية فيما اذا كانت الحامل زوجاً حقيقة أو حكماً
ولم يقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، فان علماء

الحنفية اشترطوا في هذه الحالة أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما سبق بيانه .

الحالة الثالثة : ألا يوجد اقرار من الموصى وكانت الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بئنة . وهذه تصح الوصية في نظر القانون بشرط أن تلده حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة ، وإن ولدته لأكثر من تسعة أشهر من وقت الوصية ، وذلك لأن القانون حكم بثبوت النسب في حالة ما إذا كانت المرأة معتدة لفرقة بئنة أو وفاة متى جاءت به لهذه المدة ، ويلزم من ذلك - الحكم بأنه كان في بطن أمه وقت الفرقة أو الوفاة . أما إذا ولدته في هذه الحالة لأكثر من سنة شمسية فإن الوصية لا تصح للحمل .

ومن الواضح أن حكم القانون في الحالة الثالثة شبيه بما قاله علماء الحنفية فيها ، والفرق بينهما إنما جاء أيضا كما قلنا في الحالة الأولى من الاختلاف في أقصى مدة الحمل : فالقانون لأنه اعتبرها سنة شمسية - قال بصحة الوصية للحمل بشرط أن يولد لسنة فأقل من وقت الفرقة أو الوفاة ، والحنفية لأنهم اعتبروا أقصى المدة سنتين - قالوا بصحة الوصية بشرط أن تلده لأقل من سنتين من أحد السنتين المذكورين .

هذه هي أحكام الوصية للحمل في القانون ، وعند الفقهاء ، ونحن إذا قلنا أن ما قرره القانون من أحكام ، أخذها من أكثر من مذهب فقهي واحد وبنى بعضها على رأي الطبيب الشرعي - قد قارب الغاية المرجوة من تحقيق العدالة ومراعاة المصلحة - لا نستطيع أن ننفل توجيه نقدنا إلى اللجنة التي وضعت المشروع من وجهين :

الوجه الأول : أنها حينما أخذت أحكام الوصية للحمل من عدة مذاهب ، ومن رأي الطبيب الشرعي - كان يجمل بها

أن تقرر هذه الأحكام بناء على اجتهادها هي ، وتستند في تقريرها الى الأدلة الشرعية مباشرة من غير أن تخيل على عدة مذاهب ، اختلفت في الأسس التي قامت عليها أحكامها •

الوجه الثاني : أنه كان من الأوفق والأعدل أن تبني أحكامها على مدة الحمل الثغالية المعتادة ، وإذا كان لا بد من الاحتياط بمدة أطول منها - كان يكفي ما دلت عليه الاستقراءات والتجارب التي اشرنا اليها - فيما سبق - وهو أن الولد لا يملك في بطن أمه أكثر من مدة الحمل المعتادة وهي تسعة أشهر ثم يولد حيا الا نادرا ، فيمكنك الى ثلثمائة يوم ، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر اذا وجد عائق (١) أما رفع هذه المدة الى ٣٦٥ يوما فانه يكاد يكون مستحيلا • ويؤيد ذلك عبارة ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ، وهي التي سبق ذكرها •

ثم جاءت المادة ٣٦ متممة لأحكام الوصية للحمل - وفق مذهب الحنفية - فقضت بأن الحامل اذا أتت بولدين حيين أو أكثر في وقت واحد ، أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر كانت الوصية بينهم بالتساوي الا اذا نص الموصي على أن تكون القسمة بينهم على وجه آخر كأن يشترط في الاستحقاق كون الحمل ذكرا أو أنثى ، أو يفاضل بين الذكر والأنثى - فيعمل بشرطه • وان انفصل أحدهم غير حي - استحق الحي منهم كل الموصى به • واذا مات أحد الأولاد بعد انفصاله حيا فان كانت الوصية بالاعيان كانت حصته لورثته لأنه ملكها ملكا تاما • وان كانت الوصية بالمنافع كانت حصته لورثة الموصى (٢) •

(١) كتاب أحكام الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٤٦ وما بعدها.
من الجزء الأول طبعة ١٩٢٥ •

(٢) المذكرة التفسيرية - المادة ٣٦ •

٣ - مبطلات الوصية

الأصل فى الوصية أن تبقى صحيحة - حتى يظهر الموصى رغبته فى الرجوع فتبطل برجوعه ، لأنها شرعت ليصل الانسان بها من يحب ، وتكون وسيلة الى القرية بعد الموت - ولكن قد يطرا عليها أو يقارنها ما يبطلها (١) كزوال أهلية الموصى بما يمنع من استعمال حقه فى الرجوع عنها ، أو لفوات محل الوصية أو لموت الموصى له قبل موت الموصى .

ولهذا قال علماء الحنفية ، انها تبطل بواحد من الأمور الآتية :

١ - هلاك العين الموصى بها جميعها ، فان هلك بعضها بطلت فيه ، وصحت فى الباقى ، وكذا اذا كان الموصى به معيناً بالنسوع بأن كان جزءاً من نسوع معين بالذات فهلك النسوع ، كما اذا أوصى له بنصف أفراسه العشرة المعلومة فهلك كلها ، وذلك لفوات محل الوصية بدون تعمّد . أما اذا استهلك فان كان استهلاكها من الموصى فهو رجوع ، وان كان من الورثة يكون ضماناً عليهم سواء أقبل الوصية قبل الاستهلاك أم بعده ، وكذلك لو قبل وطالبهم بالتسليم وامتنعوا مع القدرة عليه ثم هلك عندهم من غير تعد فان له أن يضمّنهم بدله لأن هلاكه وان كان من غير تعديهم يعتبر كالأستهلاك لأنهم لما أبوا التسليم بدون حق كانوا متعدّين بهذا المنع فيضمنون .

وفى حكم الهلاك استحقاق العين الموصى بها .

وبهذه الأحكام أخذت المادة ١٥ من القانون ، وهى من المذهب الحنفى - غير أن واضع القانون خالفوا ذلك المذهب بما أوردوه فى مذكرتهم التفسيرية من أن الموصى به اذا تغير

(١) المذكرة التفسيرية للواد من ١٤ الى ١٦ .

وزال اسمه كما اذا أوصى لشخص بملاحة فزال الملح وطمت الأرض وصلحت للزراعة ، أو أوصى له بما فى كرمه من العنب فيبس العنب حتى صار زبيبا فان الوصية لا تبطل أخذا من مذهب المالكية وما ارتضاه صاحب جواهر الكلام . وكذلك لا تبطل اذا خرج الموصى به عن ملك الموصى لمنفعة عامة لحلول البديل محل الأصل أخذا مما نقله صاحب جواهر الكلام عن العامة (١) .

٢ - خروج الموصى عن الأهلية للعقد - كما اذا جن جنونا مطبقا - فاذا اوصى بوصية وهو كامل الأهلية ثم جن : فان كان جنونه مطبقا بطلت سواء اتصل بالموت أو لم يتصل بأن حصلت منه افاقة قبل الموت ، وان لم يكن جنونه مطبقا - لا تبطل وقد اختلف علماء الحنفية فى تحديد الجنون المطبق : فقال محمد انه ما يمتد سنة لأن أقصى مدة للعبادات هى سنة للزكاة فاعتبرت لأنه بمضيها تسقط العبادات كلها فى السنة ، فيكون ذلك دليل سقوط التكليف . وقال أبو يوسف : هو ما يمتد شهرا ، لأن الشهر أدنى ما تسقط به عبادة الصوم فاعتبر مقداره . واختار بعض العلماء فى تحديد مدته ، ستة أشهر ، ومنهم صاحب الدر المختار ، ولكن المذكرة التفسيرية اختارت فى تفسيره رأى أبى يوسف . ومثل الجنون المطبق فى بطلان الوصية ما اذا طرأ على الموصى وسواس ، حتى صار معتوها ، ومكث كذلك زمانا ثم مات بعد ذلك فان محمدا قال ان وصيته تبطل (٢) .

ومذهب المالكية والحنابلة أن الوصية لا تبطل يزوال الأهلية كالجنون متى كان الموصى كامل الأهلية وقت انشائها سواء أكان الجنون مطبقا أم لا ، وسواء اتصل بالموت أم لم يتصل .

حجة الحنفية أن الوصية تصرف غير لازم ، والعقود غير

(١) المصدر السابق .

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٦ .

اللازمة يكون لبقائها حكم انشائها ، فيشترط لبقائها ما يشترط عند انشائها من تمام العقل لأن بقاءها يقتضي توافر الارادة المستمرة لبقائها وعدم الرجوع عنها ، وهذه الارادة لا تكون الا باستمرار الأهلية ، ولا كذلك الجنون غير المطبق لأنه يشبه الاغماء ولأن زوال العقل في غير المطبق - غير مجزوم به - فلا تزول به التصرفات الثابتة .

أما حجة المالكية والحنابلة فهو أن العقود والتصرفات تعتمد في صحتها على تحقق الأهلية وقت انشائها فقط - فزوالها بعد ذلك لا يؤثر في صحة العقد أو التصرف ، ألا ترى أن الجنون الحادث لا يبطل التصرفات السابقة عليه كما في البيع والاجارة والوقف وغيرها ، ولا يصح أن تقاس الوصية على الوكالة لأن الوكيل يستمد ولايته على التصرف من ولاية الموكل ، فإذا زالت أهلية الموكل زالت الولاية التي يستمد منها الوكيل سلطانه فتبطل الوكالة (١) .

وانه بالموازنة بين الرأيين وأدلة كل منهما ، نميل الى ترجيح رأى المالكية والحنابلة فقد صدرت الوصية من الموصي في وقت كان فيه تام الاختيار والرضا وكامل الأهلية . وبطلان الوصية بالجنون الطارئ بعد العقد مجرد احتمال انه كان من الممكن أن يرجع عن الوصية لولا جنونه المطبق - ليس له مسوغ قوى لأن الاحتمال المذكور ضعيف وبعيد لحرص العقلاء على صون تصرفاتهم وعدم نقضها الا عند الضرورة القصوى ، ومثل هذا الاحتمال لا يكفي لبطلان التصرف ونقضه .

أما القانون فانه اشترط في المادة ١٤ لبطلان الوصية بالجنون - شرطين :

الأول : أن يكون جنونا مطبقا كالمذهب الحنفى .

(١) شرح قانون الوصية للعلامة المحقق محمد أبو زهرة .

الثانى : أن يتصل بموت الموصى ، وعللت المذكرة.
التفسيرية ذلك بأنه كان يمكنه الرجوع عن الوصية لولا
الجنون المطبق المتصل ، فمراعاة لحقه أبطلت الوصية .

اما اذا لم يطبق الجنون بأن لم يمكث شهرا فان الوصية
لا تبطل ، وكذا اذا كان مطبقا ولم يتصل بالموت لأنه يمكنه
أن يستعمل حقه فى الرجوع وقت الافاقة ، فان لم يرجع فى
هذا الوقت كان ذلك دليلا على اصراره على وصيته ، فلا تبطل .
وهذا توسط من واضعى المادة ، واجتهاد حسن منهم : فقد
عملوا برأى الفقهاء اذا كان الجنون غير مطبق ، واخذوا من
مذهب المالكية ومن وافقهم اذا كان مطبقا ولكنه لم يتصل
بالموت - فحكموا فى الحالتين بعدم بطلان الوصية . وحكمة
ذلك واضحة فى الحالتين ، وقد أشرنا اليها فيما سبق ،
وقصروا البطلان بالجنون الطارئ بعد العقد على حالة واحدة
وهى ما اذا كان الجنون مطبقا متصلا بالموت . ولا يوجه الينا
الاعتراض بأننا رجحنا - فيما سبق - رأى المالكية والحنابلة
فكيف نستحسن ما ذهب اليه القانون ؟ - لأننا حينما رجحنا
كان أمامنا رأيان : رأى الحنفية ورأى من خالفهم من المالكية
والحنابلة ، فرجحنا رأى الثانى على الأول لما بيناه . أما
القانون فقد أتى برأى ثالث فلا مانع من ترجيحه على الرأيين
السابقين . ونقصد من ذلك أننا اذا فاضلنا بين الرأيين
الأولين كان الثانى أرجح ، واذا فاضلنا بين الثلاثة كان
ما ذهب اليه القانون أرجح وأولى بالقبول .

ثم ذكرت المادة ١٦ من القانون أن الوصية لا تبطل
بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة . ولو أن واضع
القانون تركوا هذه المادة ما شعر أحد بنقص فى القانون -
لأن جمهور الأئمة والفقهاء قالوا بصحة الوصية من السفه -
أو ذى الغفلة اذا كانت فى سبيل الخير ، وتنقذ من الثلث .
والقانون نفسه فى مادته الخامسة أجاز وصية المحجور عليه -
لسفه أو غفلة باذن المجلس الحسبى .

فاذا كان أهلا لانشاء الوصية - على الوجه الذى بيناه - فكيف يتوهم أن الحبر على الموصى - بعد انشاء وصيته - بسبب السفه أو الغفلة - مبطل للوصية السابقة ، حتى يحتاج الأمر الى وضع مادة مستقلة لافادة عدم بطلانها - على أن السبب الذى من أجله حكم ببطلان الوصية اذا جن الموصى - سواء أكان ذلك فى نظر الحنفية أم فى نظر القانون - غير متحقق فى الموصى اذا حبر عليه لسفه أو غفلة .

٣ - من مبطلات الوصية : موت الموصى له المعين قبل موت الموصى ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء ، وبه أخذ القانون فى المادة الرابعة عشرة .

وحكى صاحب بداية المجتهد (١) ، وصاحب المغنى (٢) اختلافاً فى ذلك : خلاصته أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصى فى قول الجمهور وأكثر أهل العلم - روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال الزهرى وحماة بن أبى سليمان ، ومالك والشافعى ، وأصحاب الراى . وقال الحسن تكون الوصية لولد الموصى له - وقال عطاء : اذا علم الموصى بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً - فهو لوارث الموصى له - لأنه مات قبل عقد الوصية ، فيقوم الوارث مقامه - كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول .

وحجة جمهور العلماء أن الوصية عطية ، وقد صادفت المعطى ميتاً فلا تصح كالهبة للميت ، وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت : واذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً - على رأى من يقول ببطلانها فى هذه الحالة - وان سلمنا صحتها - كما هو رأى الحنفية - فان العطية صادفت حياً ، بخلاف ما اذا مات الموصى له قبل موت الموصى . ولا شك أن رأى الجمهور أرجح ، وان كان قول عطاء لا يخلو من قوة ادراك وحسن تفصيل وتوجيه .

(١) ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) ج ٦ ص ٤٣٥ ، ٤٣٦ .

٤ - الرجوع عن الوصية

اتفق الفقهاء على أن الوصية عقد غير لازم . وأنه يجوز للموصى - مادام حيا - الرجوع عنها كلها أو بعضها (١) كما اتفقوا على أن الرجوع عن الوصية يكون بالقول الصريح ، وبالفعل وبكل تصرف يدل على الرجوع أو ينبئ عنه . ولكنهم مع اتفاقهم على هذا الأساس اختلفوا في كثير من الأفعال والتصرفات لاختلاف أنظارهم في دلالتها على الرجوع - اعتمادا على العرف أو القرائن الأخرى (٢) .

وانما جاز للموصى الرجوع عن الوصية لوجهين : أحدهما أن الوصية تبرع لم يتم لأن تمامها بموت الموصى ، والتبرع التام كالهبة يجوز الرجوع فيه ففيما لم يتم كالوصية يكون جواز الرجوع أولى .

والثاني : أن القبول في الوصية يتوقف على الموت - فجاز الرجوع عنها قبل القبول لأن الإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات - كما في البيع - ففي التبرع يجوز إبطاله من باب أولى (٣) .

ولأن المذهبين الحنفى والمالكي قد اختلفا اختلافا بينا في كثير من الأفعال والتصرفات من حيث أنها تعتبر رجوعا عن الوصية ، أو لا تعتبر - سنذكر أهم ما ورد في المذهبين بشأن الرجوع عن الوصية ، ثم نقف على أثر ذلك بما ورد في القانون خاصا بالرجوع عنها - مما تكفلت ببيانه المادتان ١٨ ، ١٩ .

(١) وصاحب بداية المجتهد يقول في ذلك : الوصية من العقود الجائزة باهتاق أعنى أن للموصى أن يرجع فيما أوصى به إلا المدير فإنهم اختلفوا فيه ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٢) المذكرة التفسيرية - المادتان ١٨ ، ١٩ .

(٣) شرح العناية ج ٨ ص ٤٣٨ .

١ - الرجوع عن الوصية فى المذهب الحنفى :

يتلخص ما قاله علماء الحنفية فى الرجوع عن الوصية فيما يأتى :

أولا : للموصى الرجوع عن وصيته ولو قبلها الموصى له للوجهين اللذين سبق ذكرهما .

وللرجوع ثلاثة أنواع : ١ - رجوع بقول صريح - كما اذا قال : رجعت عن وصيتى لفلان ، أو تركتها ، أو كل وصية أوصيت بها فهى باطلة ، أو الذى أوصيت به لخالد فهو لمحمد لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ، ثم أوصى به لآخر لأن المعلن يحتمل الشركة ، واللفظ صالح لها ولو كان محمد فى المثال الذى ذكر ميتا حين أوصى - فالوصية الأولى على حالها لأن الوصية الأولى انما تبطل ضرورة كونها للثانى . فاذا لم تكن له بقى الأول على حاله . أما اذا كان حيا حين أوصى ثم مات قبل موت الموصى ، فان الوصيتين تبطلان : الأولى بالرجوع ، والثانية بالموت . ٢ - ورجوع فعلى أو دلالة - كما اذا ذبح الشاة الموصى بها ، أو وهبها وسلمها للموهوب - لأن الدلالة تعمل عمل الصريح ، فتقوم مقام قوله : قد أبطلت الوصية - ٣ - ورجوع يثبت ضرورة : بأن يتغير الموصى به ، ويتغير اسمه - كما اذا أوصى له بما فى كرمه من العنب فيبس حتى صار زبيبا ، أو أوصى ببيضة فحضنتها دجاجة حتى أفرخت قبل موت الموصى (١) .

ثانيا : أن الوصية بالنسبة للرجوع عنها - أنواع أربعة (٢) : نوع يحتمل الفسخ بالقول والفعل كالوصية بمنزل معين ، ونوع يحتمله بالقول دون الفعل - كالوصية بالثلث ، فانه لو باع شيئا من ماله أو وهبه - لا تبطل ، وتنفذ الوصية من ثلث الباقي ، ونوع يحتمله بالفعل دون

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٥ .

(٢) المصدر السابق .

القول - كالتدبير المقيد - فلو باعه صح ، لكن لو اشتراه عاد
لحاله الأولى . ونوع رابع لا يحتمله بالقول ولا بالفعل
كالتدبير المطلق (١) .

ثالثا : للنوع الثانى من الرجوع ، وهو الرجوع الفعلى
أو الدلالى عند الحنفية - خمسة أقسام ، هى بمثابة ضوابط
جامعة له :

القسم الأول : كل فعل لو فعله الانسان فى ملك غيره
بدون اذنه ينقطع به حق المالك ويصير حقه فى الضمان بأن
يزيل اسم الموصى به وقت الوصية ، ويغير معظم صفاته
ومنافعه فاذا فعله الموصى بالعين الموصى بها كان رجوعا - كما
اذا اتخذ الحديد الموصى به سيفا ، أو الصفر آنية أو قطعة
الذهب أو الفضة ساعة ، وكذا اذا أوصى بثوب ثم قطعه
وخاطه ، أو بقطن ثم غزله ، أو بغزل فنسجه فهذه كلها
ينقطع بها حق المالك اذا وجدت من الغاصب - فتبطل بها
الوصية . لأنه تبدل اسمها وصارت عينا أخرى غير الموصى به ،
ولأن هذا الفعل لما أثر فى قطع ملك المالك فلأن يؤثر فى منع
حصول الملك للموصى له أولى (٢) .

القسم الثانى : أن يخلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن
تمييزه كبر بمثله ، وكذلك اذا أمكن ولكن بعسر - كشعير

(١) التدبير تعليق عتق العبد على موت سيده . وهو عند الحنفية قسمان : مطلق
ومقيد : فالمطلق تعليق السيد عتق عبده بمطلق موته من غير تعيين الموت بقيد ولا ضم شيء
آخر معه - كانت مديبر أو أنت غر بعد موتى . وحكمه فى حياة السيد عدم جواز بيعه وهبته
ورهنه وإخراجه عن ملكه الا بالحرية ويجوز استخدامه وإجارته . وحكمه بعد الوفاة أن
يعتق للدير من الثلث ان وسع لكون التدبير بمنزلة الوصية حتى لو كان السيد لا يملك
غير العبد عتق ثلثه وسعى فى الباقى .

والتدبير للمقيد هو تعليق السيد عتق عبده بموته مقيدا بشيء أو مشروطا معه شيء آخر
كقوله : ان مت من مرضى هذا أو سقرى فانت حر . - وحكم المقيد بعد وفاة السيد حكم
للدبر مطلقا . الخ لأن سببه لم ينعقد مجزوما به للشك فى تحقق الوصف أو الشرط
ومثل هذا غير موجود الآن لافناء الرق .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٨٦ .

يبر لأنه كاستهلاكه (١) ونقل في رد المختار (٢) لا ين عابدين
ان هذا القسم يصح أن يدخل في الفعل الذي يقطع حق المالك
أى فى القسم الأول .

القسم الثالث : كل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ،
ولا يمكن تسليم العين الا بها ، فهو رجوع اذا فعله - كما
اذا أوصى بدار فبنى فيها ، أو بقطن فحشا به لأنه لا يمكن
تسليم الموصى به بدون الزيادة ، ولا يمكن نقضها لأنها
حصلت فى ملك الموصى من جهته ، ولا كذلك تجسيص الدار
الموصى بها ، وهدم بنائها - فانه لا يعتبر رجوعاً لأنه تصرف
فى التابع وهو البناء ، والتجسيص ، ومثله فى أنه لا يعتبر
رجوعاً غسل الثوب الموصى به لأن من أراد أن يعطى غيره
ثوبه يفسله عادة - فكان تفسيراً للموصية فى المعنى ،
لا رجوعاً عنها .

القسم الرابع : كل تصرف يوجب زوال ملك الموصى
فهو رجوع - كما اذا باع العين الموصى بها أو وهبها - فان
ذلك يعتبر رجوعاً عن الوصية فتبطل لزوال ملكه عنها ،
حتى لو ملكها بعد ذلك بالشراء أو بالرجوع عن الهبة فانها
لا تعود وصية الا بانشاء جديد ، وهذا فى غير المدبر المقيد
كقوله ان مت من مرضى هذا فانت حر فانه لو باعه ثم اشتراه
عاد الى حالته الأولى (٣) .

فان كان التصرف لا يترتب عليه زوال الملكية كالاجارة
والاعارة - لا يكون رجوعاً .

القسم الخامس : كل فعل يعتبر استهلاكاً للموصى به
أو دليلاً فى العرف والعادة على أن الموصى صرفه لحاجته أو
استبقائه على ملكه ، فيكون ذلك دليلاً على الرجوع كما اذا

(١) شرح الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ زيد ص ٢٩١ .

(٢) رد المختار ج ٥ ص ٤٣٦ .

(٣) ج ٥ ص ٤٣٦ .

ذبح الموصى الشاة الموصى بها فان مجرد الذبح يعتبر رجوعا
لأنه دليل على استبقائه على ملكه اذ اللحم قلما يبقى عادة الى
وقت موت الموصى ، والعادة قرينة على أنه فعل ذلك للصرف
الى حاجته ، كذلك ذبحها يعتبر استهلاكها لها - فتبطل
الوصية (١) •

جحد الوصية : هل يعتبر رجوعا ؟

إذا أوصى شخص بشيء من ماله ثم جحد الوصية ، أي
أنكرها بأن قال لم أوص - ففي ذلك خلاف بين الصحابين :
قال محمد : لا يكون ذلك رجوعا • وقال أبو يوسف : جحد
الوصية يعتبر رجوعا عنها • والخلاف بينهما كما في نواذر
ابن سماعة عن محمد - إذا كان جحوده منصبا على الماضي -
كما ذكر • أما إذا كان منصرفا الى المستقبل كما إذا قال :
اشهدوا أني لا أوصى له فانه يكون رجوعا (٢) لأنه يعتبر
نفيا لاستمرارها وبقائها •

وقد اختلف علماء الحنفية وكتبهم في ترجيح أحد
الرأيين على الآخر :

فقول محمد عليه المتون ، وهو مختار صاحب الهداية
لأنه آخر دليله ، وجعله في المجمع مختارا للفتوى • وقول
أبي يوسف - كما نقل عن العيون ، وكما في السراجية -
عليه الفتوى ، وذكر في النخبة والمبسوط أنه الأصح (٣) •

(١) راجع في ذلك رد المحتار ج ٥ ص ٤٣٥ وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٦ ، وشرح
الهداية والعناية ج ٨ ص ٤٣٨ •

(٢) حاشية الشلبى على الزيلعي ج ٦ ص ١٨٧ •

(٣) وعلى حسب قاعدة الحنفية من تقديم ما عليه المتون إذا اختلف التصحيح والافتاء -
يكون قول محمد هو الأرجح في نظرهم - قال في البحر - في قضاء الفوائت - : إذا اختلف
التصحيح والافتاء فالعمل بما وافق المتون أولى - راجع رد المحتار والدر المختار ج ٥
ص ٤٣٦ ، وحاشية الشلبى على الزيلعي ج ٦ ص ١٨٧ •

استدل أبو يوسف على أن جحود الوصية يعتبر رجوعا عنها - بأن الجحود نفى للوصية في الماضي والحال - فكان أقوى من الرجوع إذ هو نفى لها في الحال فقط - فكان أولى أن يكون رجوعا . وبأن الجحود يدل على عدم الرضا بالوصية ، فيكون دليلا على رجوعه عنها . ونظير هذا جحود التوكيل فإنه يعتبر عزلا للتوكيل ، وجحود المتبايعين البيع فإنه يعد اقالة .

أما محمد فقد استدل الفقهاء على رأيه ، وهو عدم اعتبار الجحود رجوعا - بدليلين : أحدهما أن الجحود نفى في الماضي ، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك . والنفي في الماضي باطل وهو كاذب - لأن الفرض أنه أوصى ثم جحد فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ، وعلى ذلك يكون الجحود لفوا ، فتبقى الوصية على حالها (١) .

والآخر أن الرجوع عن الشيء يقتضى سبق وجوده ، وجحود الشيء يقتضى سبق عدمه إذ الجحود نفى لأصل العقد - فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال (٢) ونظيره جحود النكاح فإنه لا يكون طلاقا .

وبالموازنة بين الرأيين تتضح قوة أدلة محمد من الوجهة النظرية . ولكننا مع هذا نميل الى ترجيح قول أبي يوسف لمعنى آخر غير ما ذكره الفقهاء في حجته ، وهو أن انكاره للوصية آية عدم رضاه عنها ، وذلك ينبىء عن قصده الى الرجوع فيها .

(١) شرح الهداية والعتاية ج ٨ ص ٤٤٠ .

(٢) رد المختار ج ٥ ص ٤٣٦ .

مناقشة قول الحنفية فى الرجوع :

إذا أعدنا النظر والبحث فيما سبق ذكره من أنواع الرجوع عن الوصية ، ثم أقسام الرجوع الفعلى أو الدلالى عند الحنفية - يتبين الاقتناع برأيهم فى بعضها دون بعض : فما قالوه فى الرجوع بصريح القول أو فى الرجوع دلالة بالنسبة للقسمين الرابع والخامس - لا اعتراض لنا عليه - لأن قصد الرجوع من الموصى فى ذلك بين * كل ما نعترض به أنه كان يصح تقييد اعتبار الرجوع بالنسبة للقسم الرابع - وهو كل تصرف يوجب زوال ملك الموصى - بما إذا لم يدل دليل من قرينة أو عرف أو غيرهما على أن البديل الذى أخذ عوضاً عن الموصى به يحل محله فى الوصية إذا كان زوال الملك الى عوض ، وهذا احتياط يصح القول به للتحقق من أن الموصى قصد الرجوع عن وصيته بذلك التصرف .

أما ما قالوه فى الرجوع الذى يثبت ضرورة ، أو فى الأقسام الباقية من الرجوع الدلالى وهى المذكورة فى القسم الأول والثانى والثالث - فهو غير مقنع فى نظرنا لأن قصد الرجوع فيها ليس ببين ، ولا بمجزوم به : فالرجوع الذى يثبت ضرورة ليس فيه قول ولا فعل من الموصى ، وإنما حدث التغير فى الموصى به - لسبب آخر * وبقيّة الأقسام فى الرجوع الفعلى لا تدل بنفسها على الرجوع - فكان ينبغى أن يكون الأصل فيها عدم اعتبار الرجوع إلا إذا دلت قرينة أو عرف أو غيرهما على أن الموصى يقصد بها الرجوع عن الوصية * ومن ثم عدل القانون عن مذهب الحنفية فى ذلك الى مذهب غيرهم - كما سترى بعد * وغنى عن الذكر أنه لا اعتراض لنا - فيما اعتبره الحنفية عدم رجوع عن الوصية - مما سبق ذكره - لأن الوجه فيه واضح .

والخلاصة أن الحنفية وسعوا فى دائرة ما يعتبرونه رجوعاً عن الوصية توسعة فسيحة المدى : فهم يعتبرون من

الرجوع عنها - ما كان بالقول الصريح ، أو الرجوع الذى يثبت ضرورة ، أو الرجوع الدلالى أو الفعلى بأقسامه الخمسة المذكورة . ومسلك الحنفية فى هذا مبنى فى الجملة على أساسين :

الأول : اعتبار كل ما يدل على قصد الرجوع من قول أو فعل - سواء آكانت هذه الدلالة قوية أم ضعيفة ، وذلك كما فى الخلط والزيادة ، والاخراج عن الملك بمعوض أو بغير عوض .

الثانى : كل تغير فى الموصى به ، بحيث يزول اسمه ، ويغير معظم صفاته ومنافعه - سواء آكان ذلك بفعل الموصى ، أم بعامل آخر - كما فى الرجوع الذى يثبت ضرورة ، وبناء على هذين الأساسين وسعوا فى دائرة التغير والأفعال والتصرفات التى اعتبروها رجوعا عن الوصية . وهى توسعة لا نقرهم عليها - لما سبق أن وجهناه اليها من نقد .

(ب) الرجوع عن الوصية فى المذهب المالكى :

هذا المذهب يوافق المذهب الحنفى فى اعتبار الرجوع بالقول الصريح ، وبالفعل الذى يعتبر استهلاكاً كما فى ذبح الشاة الموصى بها ، وفى بعض صور اخراج الموصى به عن ملك الموصى - كما يوافق فى عدم اعتبار الفعل أو التصرف عدم رجوع ان كان تصرفاً فى التابع أو لا يترتب عليه زوال الملكية كما فى تجسيص الدار أو هدم بنائها ، أو تأجيرها أو اعارتها .

ولكنه يخالفه فيما عدا ذلك ، ولا يرى توسيع نطاق الرجوع - كما رأينا فى المذهب الحنفى - ويظهر من أقوال أئمة الفقه فيه أنهم بنوا رأيهم فى اعتبار الرجوع وعقبه - على هذين الأساسين :

الأول : أن الرجوع فى العطايا فى هذا المذهب ليس بالأصل ، وإنما هو استثناء ، ولم يجز الرجوع فى الوصية إلا لأنه لا ينفذ حكمها إلا بعد موت الموصى .

الثانى : أن المذهب المالكي لا يعتبر من الأفعال والتصرفات رجوعا إلا ما يذهب بجوهر الموصى به وحقيقته ، أو يعتبر استهلاكاً له (١) ، أو يدل دليل على أن الموصى قصد به الرجوع عن الوصية .

وبناء على هذين الأساسين وافقوا الحنفية فى الرجوع بصريح القول ، وبالفعل الذى يعتبر استهلاكاً له . وخالفوه فى كثير من الأفعال والتصرفات التى تعتبر عندهم رجوعاً : فمن ذلك الرجوع الذى يثبت ضرورة كما إذا أوصى له بملاحة فزال الملح وطمت الأرض وصلحت للزراعة ، أو أوصى له بما فى كرمه من العنب ، فيبس حتى صار زيبياً ، فإن الوصية لا تبطل أخذاً من مذهب المالكية وما ارتضاه صاحب جواهر الكلام (٢) فى حين أنها تبطل عند الحنفية .

كذلك الأفعال والتصرفات التى ذكرت فى الأقسام الثلاثة الأولى من الرجوع دلالة ، وهى كل فعل يزيل اسم الموصى به ، ويغير صفاته ومنافعه ، وكذا خلطه بغيره خلطاً يعسر به تمييزه ، وكل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ، ولا يمكن تسليم العين إلا بها - فهذه كلها تعتبر رجوعاً فى المذهب الحنفى ، ولا تعتبر رجوعاً فى المذهب المالكي - أخذاً من قول أشهب ، وابن القاسم ، وأصبغ من فقهاء المالكية (٣) -

ويؤخذ مما نقله صاحب جواهر الكلام عن العامة أن الوصية لا تبطل إذا خرج الموصى به عن ملك الموصى لمنفعة عامة لحلول البدل محل الأصل (٤) كما نقل أيضاً أن إخراج

(١) راجع شرح قانون الوصية للأستاذ العلامة محمد أبو زهرة ص ٢٢٩ ، ص ٢٤٠ .

(٢) المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المواد ١٤ ، ١٥ ، ١٦ .

(٣) المذكرة التفسيرية : المادتان ١٨ ، ١٩ .

(٤) المذكرة التفسيرية : المواد ١٤ ، ١٥ ، ١٦ .

الموصى به عن الملك بمعوض لا يعد رجوعاً عن الوصية عند بعض العامة (١) .

(ج) الرجوع عن الوصية فى القانون :

منهج القانون فى الرجوع عن الوصية وافق اجماع الفقهاء على جواز الرجوع فى الوصية من الموصى لأن الوصية عقد غير لازم ، كما وافق اجماعهم على اعتبار الرجوع الصريح .

أما الرجوع الفعلى أو الدلالى فانه لم يعتبر منه الا ما كان استهلاكاً للموصى به ، أو مزيلاً للملك الموصى عنه ، وحينئذ فهو لا يعتبر التغير الذى يزيل اسم الموصى به ، ويبدل معظم صفاته ، ولا خلطه بغيره خلطاً يعسر به تمييزه ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه الا بها - لا يعتبر ذلك رجوعاً عن الوصية الا اذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عنها .

ويتبين ذلك من المادتين ١٨ ، ١٩ - ونص الأولى : « يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة » . ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به « .

ونص الثانية : « لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ، ولا ازالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه الا بها - اذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية » .

وبالنظر فى هاتين المادتين يتضح أن القانون وافق الحنفية وغيرهم فى اعتبار الرجوع الصريح ، كما وافق الحنفية أيضاً فى أنه اعتبر من الرجوع دلالة كل تصرف

(١) المذكرة التفسيرية : المادتان ١٨ ، ١٩ .

يزيل ملك الموصى عن الموصى به سواء أكان بعوض أم بغير عوض وأخذ برأى محمد - من الحنفية - في عدم اعتبار جحود الوصية رجوعاً عنها ، ووافق رأى الفقهاء عامة في أن إزالة بناء العين الموصى بها لا يعتبر رجوعاً ، وفيما عدا ذلك كان منهجه مخالفاً لمسلك الحنفية ، وموافقاً لمسلك المالكية الذي أشرنا إليه فيما سبق - فلم يعتبر الأقسام الثلاثة الأولى من الرجوع الدلالي ، ولا الرجوع الذى يثبت ضرورة إلا إذا صحب ذلك عرف أو قرينة تدل على الرجوع * وقد سلك القانون بذلك المسلك المعقول - لما قلناه فى نقدنا لمذهب الحنفية *

ونظراً لأن القانون لم يعتبر الفعل الذى يوجب فى الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها - رجوعاً عن الوصية إلا بدليل آخر - قد خص الزيادة بنوع من التفصيل - فبين أحكامها فى المواد ٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ * وليس من شأننا أن نعرض هنا لبيان هذه الأحكام وتفصيلها ، فذلك موطن آخر ، غير مبحث الرجوع عن الوصية (١) *

(١) ونكتفى هنا بإيراد نصوص هذه المواد :

مادة ٧١ - إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئاً مما يستقل بنفسه كاللحمة والتجصيص - كانت العين كلها وصية * وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء - شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة *
مادة ٧٢ - إذا هدم للموصى العين للموصى بها ، وأعاد بناءها على حالتها الأولى ، ولو مع الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه *

وإن أعاد البناء على وجه آخر - اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين *
مادة ٧٣ - إذا هدم الموصى بها ، وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبني فيها - اشترك الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه *

مادة ٧٤ - استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و ٧٢ فقرة ثانية و ٧٣ ، إذا كان ما دفعه الموصى ، أو زاده فى العين يتسامح فى مثله عادة - ألقت الزيادة بالوصية ، وكذلك تلحق الزيادة التى لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد الحاقها بها *
مادة ٧٥ - إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً - اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته *

وهذه المواد شرحتها المذكرة التفسيرية للقانون - ثم قالت فى ختام شرحها لها :
وجميع هذه الأحكام مأخوذة من مذهب الإمام مالك ما عدا أحكام المادة ٧٤ فانها من مذهب الإمام مالك وما نقله صاحب جواهر الكلام عن بعض العامة *

هذا . ويلاحظ أن المادة الثانية من القانون جعلت دعوى الرجوع القولى - كدعوى الوصية - فلا تسمع عند الانكار بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ - الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ - فلا تسمع فيها دعوى الرجوع القولى عن الوصية بعد وفاة الموصى الا اذا وجدت أوراق رسمية ، أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاءه كذلك ، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الرجوع مصدقا على توقيع الموصى عليها . وقد بينا حكمة ذلك فى مبحث ما تنعقد به الوصية ، وما يلزم لثبوتها . واقتصر المادة الثانية على الرجوع القولى يفيد أن الرجوع الفعلى يبقى على الأصول العامة فى الاثبات ووسائله العادية من غير التزام بالقيود المذكورة ولعل هذا راجع الى أن المادة ١٨ - التى عرضت لما يكون به الرجوع عن الوصية - اعتبرت من الرجوع كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، كما أنها اعتبرت من الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به . وكل هذا يمكن أن تجرى عليه طرق الاثبات الشرعية والقانونية . ومتى ثبتت هذه الأشياء - ثبت ما تدل عليه من الرجوع عن الوصية .

٥ - الوصية للوارث

١ - كانت المحاكم الشرعية المصرية حتى صدور القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ - الخاص بالوصية - تحكم بمقتضى مذهب الحنفية - وهو ما يوافق رأى الراجح المشهور فى الفقه الاسلامى - بعدم جواز الوصية لوارث الموصى ولو كانت بأقل من ثلث التركة الا بإجازة بقية الورثة ، ومعنى ذلك أن الوصية للوارث - بما قل أو كثر - لا تنفذ الا

باجازة الورثة ، فان أجازوها نفذت ، والا بطلت ، وكما تنفذ باجازة الورثة تنفذ أيضا اذا لم يكن للموصى وارث آخر سوى الموصى له .

فان أجازها بعض الورثة دون بعض — جازت في حصة من أجاز بنسبة ما يخصه ، وبطلت في حصة من لم يجز ، وكانت المحاكم الشرعية تأخذ بهذا الرأي تطبيقا للمادة ٥٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا ، ونصها :

« لا تجوز الوصية لوارث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وهم من أهل التبوع ، ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية وليس للمجيز أن يرجع في إجازته ، واذا أجازها بعض الورثة وردّها البعض جازت على المجيز بقدر حصته ، وبطلت في حق غيره » .

فلما صدر القانون المذكور في شهر رجب سنة ١٣٦٥ هـ الموافق شهر يونيه سنة ١٩٤٦ — أجازت المادة السابعة والثلاثون منه الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وحكمت بنفاذها من غير اجازة الورثة ، وهذا نصها :

« تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير اجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ في الزيادة الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبوع عالمين بما يجيزونه ، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الخزانة العامة » .

وقبل أن ندلى برأينا فيما قضت به هذه المادة من صحة الوصية للوارث وغيره في حدود الثلث ، مع نفاذها من غير اجازة الورثة — نبين ما يأتي :

أولا — آراء الأئمة والفقهاء في حكم الوصية للوارث — مع بيان أدلة كل فريق من العلماء ، وما احتج به على رأيه من المنقول والمعقول — ونشير الى ما نرجحه من تلك الآراء .

وثانياً - ما استندت اليه المادة ٢٧ من القانون المذكور
فى نفاذ الوصية للوارث فى حدود الثلث من غير توقف على
اجازة الورثة .

وثالثاً - رأينا فى تلك المادة ما نوجهه من نقد لما ورد
بالمذكرة التفسيرية مع ذكر الرأى الذى نتخاره .

٢ - أقوال الأئمة والفقهاء فى حكم الوصية للوارث :

تبلغ جملة الأقوال والآراء المنسوبة الى علماء الفقه
الاسلامى فى حكم هذه الوصية - فيما نعلم - أربعة أقوال
وان كان فى بعضها تداخل أو تقارب .

القول الأول : ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من أن
الوصية للوارث صحيحة ، ولكنها غير نافذة - أى أنها موقوفة
على اجازة الورثة ، ولو كانت بأقل من الثلث فإن اجازها سائر
الورثة - نفذت فى قول الجمهور من العلماء . وان لم
يجيزوها بطلت ، ولم تصح (١) وعند المالكية وآخرين :
الوصية للوارث باطلة - لا تجوز الا باجازة الورثة ، وهل
الاجازة تنفيذ أو ابتداء عطية ؟ خلاف عند المالكية (٢) .

القول الثانى : أنها لا تجوز وان اجازها الورثة ، وهو
قول أهل الظاهر والمزنى - على ما نقله ابن رشد ، فى كتابه
بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

(١) ويستفاد من هذا أن أكثر العلماء - على أن الوصية للوارث صحيحة ولكنها
موقوفة على اجازة الورثة . وقيل انها لا تصح لوارث أصلاً - غير أنه اذا رغبنا الورثة
كانت صحيحة - حكى هذا صاحب نيل الأوطار ، وقال أنه الظاهر لأن النبى صلى الله عليه
وسلم قال عام الفتح : « لا وصية لوارث » ، وألفى لما أن : « يوجه الى الذات » ، والمزاد :
لا وصية شرعية ، وإما الى ما هو أقرب الى الذات ، وهو الصحة ، وبمسند توجيهه الى
الكمال . لأنه أبعد المجازين . لكن اذا رغبنا الورثة كانت الوصية صحيحة لحديث عمرو
ابن شعيب : « لا وصية لوارث الا أن يجيزها الورثة » ، فيبنى الحديث الاول على الحديث
الثانى - كما هو شأن بناء العام على الخاص (الجزء السادس من نيل الأوطار ص ٣٥) .

(٢) راجع فتح القريب ج ٢ ص ٤ طبعة سنة ١٣٤٥هـ - باب الوصايا - .

القول الثالث : - قول بعض الخنابلة : ان الوصية للوارث باطلة ، وان أجازها سائر الورثة ، الا ان يعطوه عطية مبتدأة ، وهو في المغنى مثل القول الثاني - وفائدة الخلاف بين هذا الرأي ، والرأى الأول الذى يقول بصحة الوصية فى نفسها ، وان توقفت على الإجازة ان الوصية اذا كانت صحيحة فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضة - يكفى فيها قول الوارث : أجزت أو أمضيت ، فإذا قال ذلك لزم الوصية - أما اذا كانت باطلة - كما ذهب الى ذلك القول الثالث - فان الإجازة تكون هبة مبتدأة - تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض ، كالهبة المبتدأة (١) .

القول الرابع : ما حكاه (٢) صاحب البحر عن الهادى والناصر وأبى طالب وأبى العباس - وهم من أئمة الشيعة الزيدية - أن الوصية للوارث تجوز وتنفذ من غير توقف على إجازة الورثة ، وهذا الرأى منسوب أيضا الى بعض الشيعة الإمامية الاثنى عشرية ، والاسماعيلية .

٣ - استدلل أصحاب القول الأول ، وهو رأى جمهور العلماء والفقهاء - ومنهم الأئمة الأربعة ينوعين من الأدلة : النوع الأول : الدليل العقلى : وهو ان فى الوصية للوارث بدون إجازة بقية الورثة أذى لبعض الورثة الذين لم يدخلوا فى الوصية ، اذ فى ذلك إيثار بعضهم على بعض فى العطاء - مما ينجم عنه غرس بذور الشقاق والبداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة والأقربين ، مما يؤدى الى قطيعة الرحم ، وتهديد كيان الأسرة ووحدةها - فمنعنا لهذه الأضرار ، واتقاء لهذه المقاسد - لم يخيروا الوصية للوارث الا بإجازة بقية الورثة ، فان أجازوها نفذت لأن الإمتناع كان لحقهم وهم أسقطوه بالإجازة (٣) .

(١) راجع المغنى فى فقه الخنابلة ج ٦ ص ٤١٩ ، ٤٢٠ طبعة المثار .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٥ .

(٣) الهداية فى فقه الحنفية

« وقالوا أيضا ان في الوصية للوارث حيفا ، وقد جاء في الحديث : « الحيف في الوصية من اكبر الكبائر » وفسروه - كما قال صاحب الهداية - بالزيادة على الثلث ، وبالوصية للوارث » .

النوع الثاني : الأدلة المنقولة ، وذلك ما روى من الأحاديث (١) الأربع الآتية :

الحديث الأول : ما رواه ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » .

الحديث الثاني : ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » .

الحديث الثالث : ما رواه عمرو بن خارجة أن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه - خطب على ناقته ، فسمعه يقول : « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » .

الحديث الرابع : ما رواه أبو أمامة قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » .

نعم قال صاحب الفتوح : لا يخلو استناد كل منها من مقال ، ولكنه عاد فقال : ان مجموعها يقتضي أن للحديث أصلا ، بل جنح الشافعي في الأم إلى أن هذا المتن متواتر فقال : وجدنا أهل الفتيا ومن حفظ عنهم من أهل العلم بالمغازي من قرئش وغيرهم - لا يختلفون في أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عام الفتوح : « لا وصية لوارث » ، وهو نقل كافة عن كافة ، فهو أقوى من نقل واحد . ثم قال الحافظ : الحجّة في هذا اجماع العلماء على مقتضيه ، كما صرح به الشافعي وغيره ، وقال أبو بكر الرازي الحنفى في كتاب

(١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج ٦ ص ٣٤ .

أحكام القرآن : الخبر المأثور عن النبي صلى الله عليه وسلم .
 فى ذلك هو عندنا فى حيز المتواتر - لاستفاضة وشهرته
 فى الأمة ، وتلقى الفقهاء إياه بالقبول - كما قال العلامة
 ابن عابدين فى كتابه رد المحتار : أن حديث أبى امامه المذكور
 مشهور تلقته الأمة بالقبول ، ومثل ذلك ما قاله العلامة أبو
 السمود فى تفسيره : أن هذا الحديث ، وإن كان من أخبار
 الآحاد - قد تلقته الأمة بالقبول . فانتظم فى سلك المتواتر .

واستدلوا أيضا بأن النبي صلى الله عليه وسلم منع من
 عطية بعض الأولاد وتفضيل بعضهم على بعض فى حال
 الصحة وقوة الملك ، وإمكان تلافى العدل بينهم بإعطاء الذى
 لم يعطه فيما بعد - لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم .
 وفى حال موته أو مرضه وضمف ملكه وتعلق الحقوق به
 وتعدر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى (١) .

ولما كان جمهور فقهاء المسلمين ، ومنهم الأئمة الأربعة -
 يرون عدم صحة الوصية للوارث ، أو عدم نفاذها إلا بإجازة
 الورثة - روى بعض العلماء فى مؤلفاتهم أن هناك إجماعا
 على هذا الرأى - كما رأيت فى عبارة الحافظ المذكورة وهى
 قوله : الحجة فى هذا إجماع العلماء على مقتضى الحديث ،
 كما صرح به الشافعى وغيره . وقال القرطبى فى تفسيره :
 « ونحن - وإن كان هذا الخبر بلغنا أحادا - لكن قد انضم
 إليه إجماع المسلمين أنه لا تجوز وصية لوارث » ، كذلك
 قال ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد : « وأجمعوا كما قلنا
 أنها لا تجوز لوارث إذا لم يجرها الورثة » . لكن الفخر
 الرازى ينازع فى هذا الإجماع ، كما نازع فى كون الحديث
 متواترا

وأقوى اعتراض وجه لجمهور العلماء والفقهاء - هو أن
 رأيهم مخالف لما دل عليه قول الله تعالى فى سورة البقرة :

(١) المفتى ج ٦ ص ٤١٩ .

« كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ، ان تترك خيرا - الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف - حقا على المتقين » من أن الوصية واجبة للوالدين والأقربين - بنص الآية ، وفيهم الوارثون .

وللمفسرين ، وشراح كتب الحديث ، والفقهاء أقوال كثيرة ، وتأويلات مختلفة في هذه الآية ، وأجوبة كثيرة - في دفع هذا الاعتراض - ولضيق المقام نوجز أهم ما قيل فيما يأتي :

(أ) قال جمهور (١) العلماء : كانت هذه الوصية في أول الاسلام واجبة لوالدي الميت وأقربائه بحكم آية الوصية ، ثم نسخت ، واختلف ، في تعيين ناسخها : فقيل انها آية الفرائض ، وقيل الأحاديث المذكورة ، وقيل دل الاجماع على ذلك وان لم يتعين دليله .

وقال أبو السعود الحنفى عند تفسيره للآية : « كتب فرض ، وكان هذا الحكم في بدء الاسلام ، ثم نسخ عند نزول آية الموارث بقوله عليه الصلاة والسلام : « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث » فانه وان كان من أخبار الآحاد قد تلبقته الأمة بالقبول فانتظم في سلك المتواتر في صلاحيته للنسخ عند أئمتنا - على أن التحقيق أن النسخ حقيقة هي آية الموارث ، وانما الحديث مبين لجهة نسخها .. الى آخره » ، ورجح القرطبي القول بأن آية الفرائض لم تستقل بنسخها بل بضميمة أخرى وهو الحديث ، فنسخ الآية - كما قال - انما كان بالنسبة الثابتة لا بالارث ، على الصحيح من أقوال العلماء ، ولولا هذا الحديث لأمكن الجمع بين الآيتين لجواز اجتماع الميراث والوصية معا ، لكن منع من ذلك الحديث والاجماع .. الى آخر ما قال (٢) .

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج ٥ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ طبعة المطبعة البهية سنة ١٣٤٨ هـ .

(٢) تفسير القرطبي بشرح من التصرف ج ٢ ص ٤٦٢ ، ص ٣٦٣ طبعة دار الكتب المصرية .

وقيل ان الآية نسخت جزئيا في بعض ما تشتمل عليه :
فقد كانت الوصية بمقتضاها واجبة للوالدين والأقربين
سواء أكانوا وارثين أم غير وارثين - فنسخت بالنسبة لمن
يرث ، وبقيت ثابتة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون -
ففي البخاري عن ابن عباس قال : « كان المال للولد ، وكانت
الوصية للوالدين ، فنسخ الله من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر
مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس ،
وجعل للمرأة الثمن والربع ، وللزوج الشطر والربع » .

وبناء على الرأي القائل بنسخ آية الوصية كلها أو في
بعض ما تتناولها - على ما بيناه - لم تبق الآية منافية
للأصاديث التي دلت على عدم جواز الوصية للوارث إلا
بإجازة الورثة ، ولا لما رآه جمهور العلماء والفقهاء من
توقف نفاذ الوصية للوارث على إجازة الورثة .

(ب) ورأت طائفة أخرى من المفسرين والفقهاء أن آية
الوصية محكمة غير منسوخة ، وأنها غير مخالفة لآية الموارث
ولكنهم لم يتهجوا نهجا واحدا في بيان أحكامها : فبعضهم
فسرها بما يخرج الوصية فيها عن الوصية بالمال التي هي
موضوع البحث فقال : معناها كتب عليكم ما أوصى به الله
عز وجل من توريث الوالدين والأقربين من قوله تعالى في
آية الموارث : « يوضحكم الله في أولادكم » إلى آخر ما ساقته
من أحكام الميراث . أو كتب على المحتضر أن يوصي للوالدين
والأقربين بتوفير ما أوصى به الله تعالى لهم عليهم ، والا ينقص
من أنصبتهم . وقال أبو ثور من العلماء : إن الميراث من الوصية
الواجبة في الآية هي وصية من عليه حق شرعي يخشى أن
يضيع على صاحبه أن لم يوص به كالوديعة والدين ونحوهما ،
وكذا من كانت له حقوق عند الناس ، يخاف تلفها على الورثة .

وقيل ان الآية مخصوصة ، فظاهرها العموم ومعناها

الخصوص (١) لأن لفظ الوالدين والأقربين فيها يعم الوارث وغيره . وبآية الفرائض ، والأحاديث الواردة في الوصية للوارث - خص منها من يرث ، وبقي حق من لا يرث من الأقربين من الوصية على حاله ، وبهذا يتبين أن المراد من الوالدين والأقربين في الآية - الوالدان والأقربون الذين لا يرثون .

وهذا الرأي منسوب لطاوس والضحاك والحسن وغيرهم، واختاره الطبري . وهو الذي أميل إلى ترجيحه وقبوله : فإن النسخ لا يلجأ إليه إلا عند تعذر الجمع بين النصوص المختلفة في ظاهرها ، أما إذا أمكن الجمع والتوفيق فلا ضرورة لدعوى النسخ ، وهنا الجمع والتوفيق ممكنان ، بل سائغان ومقبولان ، وذلك بقصر آية الوصية على الوالدين والأقربين الذين لا يرثون . أما الذين يرثون منهم فإنه يعرف الحكم بالنسبة إليهم بالرجوع إلى أحاديث الوصية للوارث ، وآية الفرائض . وأعمال جميع النصوص - متى أمكن - أولى من أعمال بعضها وترك بعضها الآخر .

وبهذا الرأي الأخير يتبين أن الآية ليست معارضة لأحاديث الوصية للوارث ، ولا منافية لرأي جمهور العلماء والفقهاء القاضى بتوقف نفاذ الوصية للوارث على اجازة سائر الورثة .

أدلة القولين الثاني والثالث :

احتج أصحاب القول الثاني بظاهر ما روى عن الرسول - صلوات الله وسلامه عليه - : « لا وصية لوارث » ، وكأنه لم تبلغهم الأحاديث التي ورد فيها ما يدل على صحة الوصية للوارث إذا أجازها الورثة ، أو لم تثبت عندهم هذه الزيادة - هذا إلى أن الظاهرية لا يعللون النصوص . ولهذا قال صاحب بداية المجتهد في بيان منشأ الخلاف بين الجمهور ،

(١) الجزء الثاني من تفسير القرطبي ، والجزء الخامس من فمع الباري .

وقول أهل الظاهر : وسبب الخلاف : هل المنع لعل الورثة ،
أو عبادة - فمن قال : عبادة - قال لا تجوز وإن أجازها
الورثة . ومن قال بالمنع لحق الورثة - أجازها إذا أجازها
الورثة - لأنهم أسقطوا حقهم ، فارتفع المانع من صحة الوصية
أو نفاذها . ومما لا شك فيه أن الأدلة قد تضافرت على أن
أحكام الشريعة معقولة المعنى ، ولهذا كان رأى هذه الطائفة
ضعيفا مرجوحا ، وكذا كل رأى يماثله .

كذلك احتج أصحاب القول الثالث بالحديث المذكور
« لا وصية لوارث » ، واعتبروا أجازة الورثة - أن وجدت -
عطية مبتدأة ، تفتقر إلى شروط الهبة - على النحو الذي
سبقت الإشارة إليه . وكانهم جعلوا منع الوصية للوارث
لحق الشرع - حذرا من تغيير الفروض التي قدرها الشارع ،
فلا أثر لرضا الورثة عندهم .

دليل القول الرابع :

هو ما ذكره صاحب نيل الأوطار (١) - من أن القائلين
بجواز الوصية للوارث استدلوا بقول الله تعالى : « كتب
عليكم إذا حضر أحدكم الموت - أن تترك خيرا - الوصية
لوالدين والأقربين بالمعروف - حقا على المتقين » - قائلين
أن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز .

وقد رد جمهور العلماء والفقهاء على أصحاب هذا القول
- وهم قلة قليلة من العلماء - بأن حديث ابن عباس صرح
بنفي الجواز إلا إذا أجازت الورثة ، وبأن الآية منسوخة
بالسنة ، وبآية الفرائض - على النحو والتفصيل الذي
أوردناه عن كثير من الفقهاء والمفسرين - في الاستدلال
على القول الأول .

(١) الجزء السادس من نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ص ٣٥ (طبعة سنة ١٣٤٧ هـ) .

٦ - ونعني نرجح أن تكون الآية من قبيل العام الذي خصص - كما ورد في فتح الباري وتفسير القرطبي - وأن المراد من الأقربين فيها - الأقربون الذين لا يرثون ، وعلى ذلك لا تكون الآية حجة لأصحاب هذا الرأي - يضاف الى هذا ما دلت عليه الأحاديث الأربعة التي سبق ذكرها ، وما بسطناه في الدليل العقلي من وجوب درء المفسد التي تترتب على نفاذ الوصية للوارث من غير توقف على اجازة الورثة - وبعبارة أوضح - نرى ما رآه جمهور علماء المسلمين وفقهاءهم من ان الوصية للوارث لا تنفذ الا باجازة بقيقة الورثة ، ونرجح أن تكون آية الوصية محكمة على أن تكون من قبيل العام الذي خصص ، ويبقى وجوب الوصية فيها خاصا بالوالدين والأقربين الذين لا يرثون -

ونرى لهذا الرأي الذي اخترناه ورجعناه على سائر الآراء مزايا اقتضت ترجيحه : فهو يجعل آية الوصية محكمة ، ويبعد عنها دعوى النسخ الذي لا ضرورة تقتضيه ، وهو أيضا يبقى للآية الحكم المتبادر منها ، وهو وجوب الوصية - أخذا من قوله (كتب عليكم) ، غير أنه يخص بالوالدين والأقربين اذا كانوا لا يرثون - وفي ايجاب الوصية لهؤلاء ، وبخاصة الفقراء منهم سد حاجة المحتاجين ، وصلة الأرحام التي أكد الله مراعاتها بقوله « واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام » وقوله « ان الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى » ، أما الذين يرثون منهم فقد عرفت حكم الوصية لهم من أدلة أخرى - وفي هذا الرأي أيضا مراعاة للنصوص الأخرى وأعمال لها كالأحاديث المانعة من الوصية للوارث ، وآية المواريث ، ولا شك أنه بمراعاة هذه النصوص جميعها والتوفيق بينها - تتحقق المصالح - ، وتدرأ المفسد التي تترتب على جواز الوصية للوارث من غير توقف على اجازة الورثة -

أما بعد فإنا لم نر آية كثر فيها التأويل ، وتعددت فيها الأقاويل ، واشتد حولها الخلاف والحوار - كهذه الآية ،

ولا يضاهيها في هذا المعنى الا قوله تعالى : « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين » .

٧ - اذا كان حكم الوصية للوارث - على ما رآه جمهور العلماء والفقهاء - وفي المذاهب الأربعة - عدم الصحة أو عدم النفاذ الا بإجازة الورثة ، وكانت أدلتهم النقلية والعقلية هي ما ذكرناه - فلماذا عدل قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عن هذا الحكم ، فقررت المادة ٣٧ منه - وهي التي ذكرنا نصها في صدر هذا البحث ، جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره مع نفاذها من غير اجازة الورثة - وترك العمل بما كان مقبولا قبل صدوره من عدم جواز الوصية للوارث الا بإجازة الورثة كما ورد بالمادة ٥٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا ؟

أجابت عن ذلك المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية المذكور ، فقالت عند تفسيرها للمادة ٣٧ :

« صحة الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث مذهب جمهور الفقهاء ، ونفاذها يؤخذ من الآية الكريمة : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المثقين » وهو رأى فريق من المفسرين ، ومنهم أبو مسلم الأصفهاني ، كما قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة ، واختير القول بجواز الوصية للوارث لاجابة الناس اليها » .

هذا ما ساقته المذكرة التفسيرية كمسوغات أو أدلة للحكم الذي ورد بالمادة ٣٧ - وهي تنحصر في خمسة مسوغات :

الأول : أن صحة الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث مذهب جمهور الفقهاء .

الثاني : أن نفاذها يؤخذ من الآية الكريمة .

الثالث : أن هذا هو رأى فريق من المفسرين ، ومنهم
أبو مسلم الأصفهاني .
الرابع : أنه قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب
الأربعة .

الخامس : أن حاجة الناس تدعو إلى اختيار القول بجواز
الوصية للوارث .

ونحن نناقش كل مسوغ أو كل دليل منها لنرى : هل
هذه المسوغات كافية في سلامة الحكم الذي قررته المادة ، أم
أنها من الضعف بحيث لا تسعوا ما ذهب إليه من ذلك
الحكم ؟

أما الدليل الأول فنحن نسلم به ، ولكنه لا ينتج المطلوب
الذي جاءت به المادة ٣٧ ، وهو جواز الوصية للوارث ونفاذها
من غير إجازة الورثة : فان جمهور الفقهاء - وأن رأوا صحة
الوصية للوارث - يرون مع ذلك أنها لا تنفذ إلا بإجازة
الورثة ، ومعنى ذلك أن الورثة إذا لم يبيحوها تكون باطلة ،
وهذا غير ما قررته المادة إذ قالت : « تصح الوصية بالثلث
للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة » .

وأما الدليل الثاني وهو أن نفاذها يؤخذ من آية الوصية
- فهو غير مسلم به عند جمهور علماء المسلمين من فقهاء
ومفسرين ، وذلك ما بيناه وفصلناه تفصيلاً فيما سبق من
هذا البحث ، وخلاصته أن الكثرة الكثيرة من هؤلاء العلماء
قالوا إن الآية منسوخة ، ورأى بعضهم أنها منسوخة في حق
من يرث فقط ، ورأى بعض آخر منهم ألا نسخ ، وإنما هي
من قبيل العام الذي خصص - وهذا ما رجحناه - فنضوها
بالوالدين والأقربين الذين لا يرثون - وعلى ذلك فواضعو
المادة لا يستطيعون أن يستندوا في نفاذ الوصية للوارث إلى
الآية الكريمة إلا على رأى مرجوح لقلّة قليلة من العلماء ،
وهم الذين يرون الآية محكمة وعامة تشمل الوارثين وغيرهم
من الأقارب مع رفضهم قبول الأحاديث الضريحة في عدم

صحة الوصية للوارث الا باجازه الورثة ، ومع ما يترتب على قولهم من الجمع بين الميراث والوصية لبعض الورثة - وهم الموصى لهم - دون بعض - من كثير من المفسد التي لا تخفى على أحد عند عدم اجازة الورثة .

ومما يلاحظ في هذا المقام أن واضع المادة ٣٧ من القانون - بعد أن استدلوا بآية الوصية على نفاذ الوصية للوارث في المذكرة التفسيرية - عادوا عند تفسيرهم للمادة ٧٦ - الخاصة بالوصية الواجبة ، فاستدلوا بالآية نفسها على وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ، فكأنهم يرون آية الوصية عامة في الأقربين ، تشمل الوارثين منهم وغير الوارثين ، وحينئذ كان يلزمهم أن يقولوا بوجوب الوصية في الحاليتين ، أو بجوازها فيهما ، ولكنهم لم يفعلوا ، إذ أجازوها للوارثين ، وأوجبوها لبعض الأقربين من غير الوارثين ، ممن ذكرتهم المادة ٧٦ .

وما قيل في المسوغ الثالث من أن هذا هو رأى فريق من المفسرين ، ومنهم أبو مسلم الأصفهاني - لا يستقيم على إطلاقه - ، لأن المعزو الى هذا الفريق الذي لم يعبئ ، والى أبي مسلم أنهم قالوا ان الآية محكمة غير منسوخة ، وهذا لا يستلزم على وجه الحتم أن يكون رأيهم هو نفاذ الوصية للوارث بلا قيد ولا شرط - لجواز أن يكون معناها العموم والخصوص على الوجه الذي بيناه ، فتكون الآية خاصة بالأقربين غير الوارثين - ولهذا لما أراد الفخر الرازي في تفسيره الكثير أن يوجه قول أبي مسلم الأصفهاني في الآية : انها غير منسوخة - لم يجزم بالرأى الذي أورده المذكرة التفسيرية ، ونسبته - على سبيل الجزم - الى أبي مسلم ، بل ذكر احتمالات ثلاثة ، فقال :

« اختلف القائلون بوجوب الوصية ، فمنهم من قال : هذه الآية صارت منسوخة ، ومنهم من قال انها ما صارت منسوخة ، وهذا اختيار أبي مسلم الأصفهاني ، وتقرير

قوله من وجوه : أحدها أن هذه الآية ما هي مخالفة لآية المواريث ، بل معناها : كتب عليكم ما أوصى به الله تعالى من توريث الوالدين والأقربين من قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم » أو كتب على المحتضر أن يوصي الوالدين والأقربين بتوفير ما أوصى به الله تعالى لهم عليهم ، والا ينقص من أنصبتهم ، وثانيها أنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للأقرباء بالميراث ، وثبوت الوصية عطية من الله تعالى ... فالوارث جمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين . وثالثها لو قدرنا حصول المنافسة لكان يمكن جعل آية المواريث مخصصة لهذه الآية ، وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين ، ثم آية الميراث تخرج القريب الوارث ، ويبقى القريب الذي لا يكون وارثا داخلا تحت هذه الآية ، إلى أن قال : فكل من كان وارثا من هؤلاء (يعنى الوالدين والأقربين) لم تجز الوصية له ، ومن لم يكن وارثا جازت الوصية له لأجل صلة الرحم ... ثم قال : فهذا تقرير مذهب أبى مسلم فى هذا الباب » .

كذلك ما قيل فى المسوغ الرابع من أن هذا هو قول فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة - ليس بالحجة القوية التى يصح أن يستند إليها فى تقرير حكم مخالف لرأى جمهور الفقهاء والعلماء ، ومنهم الأئمة الأربعة ، وهو رأى - كما بينا فى هذا البحث - تؤيده الأدلة النقلية ، وتدعمه البراهين العقلية ، والقواعد الفقهية .

بقى المسوغ الخامس الذى أوردته المذكرة التفسيرية ، وهو أن حاجة الناس دعت إلى اختيار القول بجواز الوصية للوارث ، وهذا قول لا ينجذ من الواقع مؤيدا ، ولا يستند إلى اجصاص دقيق ، ولا إلى تجزئة صحيحة منسلم بها .

ولو فرض قيام هذه الحاجة عند بعض الناس فهى ليست بكافية لتقرير هذا الحكم ، ولا أن تتخذ أساسا لتشريع عام لأنها ليست قائمة على أساس سليم من العدالة وتحقيق الصالح

الغام : فان في تفضيل الوصية للوارث بدون توقف على اجازة
الورثة اثارا لبعضهم على بعض في العطاء ، وذلك يؤدي
الى اثاره الشخفاء والعداوة والبغضاء بين الأقربين ، وفي
ذلك تقطيع الأرحام ، وتهديد الأسرة في أشد ما تحرص عليه
من وحدة ومحبة وتعاون .

ومما يستشهد به في هذا المقام ، أو يذكر على سبيل
الاستدلال - وان لم يكن في موضوع الوصية - أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم كره تفضيل بعض الأولاد على بعض
في النحلة والعطية ، حتى ذهب بعض العلماء الى أن التسوية
بين الأولاد واجبة وأن التفضيل محرم : فقد ورد في الحديث
من رواية لمسلم : « أعدلوا بين أولادكم في النحل ، كما
تحبون أن يعدلوا بينكم في البر » ، وروى أن امرأة بشير
قالت له : انحل ابني غلاما ، وأشهد لي رسول الله صلى الله
عليه وسلم ، فأتى رسول الله ، فقال : ان ابنة فلان سألتني أن
أنحل ابنها غلاما ، فقال : له اخوة ؟ قال نعم : فكلهم أعطيت
مثل ما أعطيتك ؟ قال لا ، قال فليس يصلح هذا ، واني
لا أشهد الا على حق » ، وفي رواية : « لا تشهدني على جور ،
ان لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم » ، فإذا كان رسول
الله - صلوات الله وسلامه عليه - قد حكم بأن ايثار بعض
الأبناء على بعض في النحل والعطايا - جور وظلم ، فكيف
لا يعتبر جورا وظلما وصية الأب مثلا لإحد أبنائه بثلاث
تركته من غير رضا سائر الأبناء ، مع اتفاق التصرفين في
المعنى والملة والحكمة .

ومما تقدم يتبين أن ما ورد في المذكرة التفسيرية
كمسوخ لما قضت به المادة ٣٧ من قانون الوصية - لا ينهض
دليلا ولا حجة على جواز الوصية للوارث ونفاذها من غير
اجازة الورثة .

٨ - والخلاصة أن الحكم الذي قضت به المادة المذكورة
توجه اليه مأخذ أهمها ما يأتي :

أولاً : انه رأى مرجوح لقلّة قليلة من العلماء ، وأنه مخالف لرأى جمهور الفقهاء والمفسرين والمحدثين القاضى بعدم صحة الوصية للوارث ، أو عدم نفاذها إلا بإجازة الورثة ، وقد بينا أدلتهم العقلية والعقلية فيما سبق ذكره من هذا البحث .

ثانياً : أن فى العمل به ايثارا لبعض الورثة على بعض مما يؤدى الى اثاره العداوة والبغضاء بينهم .

ثالثاً : أن فى هذا الرأى مخالفة للأحاديث الواردة بشأن الوصية للوارث - وهى التى سبق ذكرها - مع أن كثيراً من الفقهاء والمفسرين والمحدثين قد تلقوها بالقبول وعملوا بها ، ومع أنها مؤيدة - من حيث المعنى والروح التشريعية - بأحاديث التسوية فى العطاء بين الأولاد .

رابعاً : ما فى هذا الحكم من مخالفة للقواعد الفقهية المشهورة ، كقاعدة « درم المفسد مقدم على جلب المصالح » ، والمفاسد المترتبة على ايثار بعض الورثة على بعض بالوصية غير خافية ، ومثل قاعدة « الحكم يتبع المصلحة الراجحة » ، والمصلحة الراجحة هنا هى فى الابقاء على كيان الأسرة ووحدةها ، وما يجب أن يكون بين أفرادها من التعاون والمحبة وصلة الرحم .

من أجل هذا كله - نرى تعديل المادة ٣٧ من قانون الوصية ، وذلك بالرجوع الى الرأى الذى كان معمولاً به قبل صدور هذا القانون ، وهو عدم جواز الوصية للوارث ، او عدم نفاذها الا بإجازة الورثة - والله سبحانه وتعالى - هو الموفق للحق المبين ، والهادى الى سواء السبيل

حكم الوصية

كلمة (الحكم) تطلق ، ويراد بها فى نظر الفقهاء معنيان : أحدهما : الأثر المترتب على الشيء شرعاً ، والآخر

صفته الشرعية - من الاباحة ، والحرمة ، والكراهة ، والاستحباب ، والوجوب .

وحكم الوصية يطلق ويراد به أحد المعنيين المذكورين ، كما أنه يتنوع الى نوعين : حكمها فى جانب الموصى له ، وهو المراد من المعنى الأول . وحكمها فى جانب الموصى ، وهو المقصود من المعنى الثانى .

حكم الوصية : على المعنى الأول

حكمها بالمعنى الاول : أو بالنسبة للموصى له - : انه اذا مات الموصى مصرا على وصيته ، وقبلها الموصى له بعد وفاته ، ولم يمنع مانع من نفاذها - فان الموصى له يملك الموصى به ملكا جديدا - كما فى الهبة - غير أنه لا يشترط القبض فيها . لافادة الملكية لشبهها بالميراث . أما الهبة فانها لا تملك عند علماء الحنفية ومن وافقهم - الا القبض .

فالأثر المترتب على الوصية - متى استوفت شروط صحتها ولزومها : هو كون الموصى به ملكا جديدا للموصى له (١) . ويورث عنه بوفاته كسائر أمواله ان كان الموصى به عينا . وتقدم رأى زفر القائل بالملكية بدون حاجة الى القبول لأن الوصية خلافة . فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث .

وفى الوصية بالمنفعة - متى استوفت شروطها - يملك الموصى له المنفعة فقط مع بقاء العين الموصى بمنفعتها - كما قال علماء الحنفية - محبوسة على حكم ملك الموصى المتوفى ، فى حق المنفعة ، حتى يملكها الموصى له على ملكه ، كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف (٢) .

(١) الدر المختار والفتا على المذهب الأربعة ج ٣ ص ٤٥٠ وتقدم بيان ذلك فى ركن الوصية .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٢ ورد المختار ج ٥ ص ٤٥٧ من كتب الحنفية .

فاذا أوصى لمعين مثلاً بسكنى منزل معلوم أو بغلته -
ومثل ذلك غلة الأرض - فإن كانت الوصية مقيدة بمدة
معلومة كـثلاث سنين تبتدىء من وفاة الموصى - انتفع الموصى
له بالمنفعة أو الغلة طوال هذه المدة وبانتهائها ترد العين الى
ورثة الموصى . وإن كانت مطلقة من القيد أو مؤبدة - كان
للموصى له الانتفاع بالسكنى أو تملك الغلة مدة حياته (١) .
وبعد موته يعود المنزل الى ورثة الموصى لأنه أوجب الحق
للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى
وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه
وذلك غير جائز . وإذا مات الموصى له فى حياة الموصى - بطلت
الوصية - لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت . وفى الحال
ملك الموصى ثابت فى الموصى به ولا يتصور تملك الموصى له
بعد موته - فتبطل .

ومن الواضح أنها تبطل أيضاً اذا كانت مقيدة بمدة
معينة ، ثم انتهت المدة قبل موت الموصى .

وهذا - فى المذهب الحنفى - اذا . . . الخ اذا خرج المنزل
الموصى بمنفعته من ثلث التركة فإن لم يخرج منه ولا مال
للموصى غيره ، وكانت الوصية بالسكنى - اقتسمه الموصى له
والورثة مهايأة فى المكان أو الزمان ان كان محتملاً للقسمة .
وان لم يحتمل فالمهايأة الزمانية ليس غير .

(١) ومثل ذلك الوصية بالثمرة الا فى صورة الاطلاق عند الحنفية : فانه ان كان فى
البستان ثمرة وقت موت الموصى كان للموصى له الثمرة القائمة فقط دون الحادثة بعد ذلك .
ان لم تكن له ثمرة وقتئذ كان له كل الثمرة التى تحدث فيما بعد بخلاف الوصية بالغلة
وعنده التفرقة ترجع عندهم الى العرف .

ونقلت المذكرة التفسيرية عند تعرضها للمادة ٥٥ عن الشافعية أنه لا فرق عندهم بين
الوصية بالغلة والوصية بالثمرة فى أن كلا منهما يشمل الوجود حين وفاة الموصى وما يوجد
بعد ذلك . لهذا ولعلم ظهور الفرق بين الأمرين وضعت المادة ٥٥ قاضية بأن الوصية اذا كانت
بالغلة أو الثمرة كان للموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى . وما يستجد
منها مستقبلاً ما لم توجد قرينة تدل على أن الموصى قصد بالوصية الموجودة حين الموت فقط .

والمهاياة المكانية تكون بقسمة المنزل أثلاثا : الثلث للموصى له ، والثلثان للورثة ، فينتفع كل باستحقاقه الى ان يموت الموصى له ، أو تمضى مدة الوصية فيرد المنزل بجميعه الى الورثة . والمهاياة الزمانية تكون بسكنى الورثة متبلا سنتين ، والموصى له سنة ، الى أن يموت ، او يستوفى ما عين له ، وبعد ذلك يكون جميع المنزل للورثة ، والأولى عند إمكان القسمة أعدل لما فيها من التسوية بينهما زمانا وذاتا ، ولا كذلك الثانية فان فيها تقديم أحدهما زمانا .

وعندما تكون المهاياة - بحسب المكان - لا يجوز للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى المنزل على الظاهر لتبوت حق الموصى له فى سكنى جميع المنزل بظهور مال آخر للميت ، بحيث يخرج المنزل من ثلثه وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده . والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه . ولا يخفى ما فى هذا التعليل من ضعف . وفى رواية عن أبى يوسف أنهم يملكون ذلك لأنه خالص حقهم ، وحجة هذه الرواية قوية وان كان الرأى الأول هو الظاهر فى المذهب الحنفى .

أما اذا كانت الوصية على الاحتمال المذكور - بالغلة - فان المنزل لا يقسم فى ظاهر الرواية اذ حق الموصى له فى الغلة لا فى عين المنزل - فيؤجر ، وتقسم الأجرة على حسب استحقاق كل من الورثة والموصى له وفى رواية عن أبى يوسف : يقسم ليستغل ثلثه (١) .

ذلك - وللوصية بالمنفعة عدا ما ذكر - أنواع أخرى : كالوصية بقسمة التركة ، وبالأقراض ، والمرتبات ، وبالحقوق التى تنتقل بالارث ، وغير ذلك وأحكامها مفصلة ،

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٣ ورد المختار ج ٥ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، وهذا وللوصية بالمنافع فروع وتفصيلات وأحكام أخرى - تعرف بالرجوع الى كتب الحنفية فى باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة ، وكتب المذاهب الأخرى - كما تعرف بالرجوع الى قانون الوصية - وستعرض لبعضها فيما بعد لصلته بما نحن بصدده من المقارنة .

تعرف بالرجوع الى كتب الفروع ، والى قانون الوصية فى
المواد (١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ٥٦ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٨ ، وسنعرض
لبعضها - فى مبحث الوصية بالمنافع

حكم الوصية : على المعنى الثانى

حكم الوصية - على المعنى الثانى، وهو صفتها الشرعية،
أو بالنسبة لجانب الموصى : هو أن الاسلام قد شرعها - عند
توافر أسبابها وبواعثها الشرعية - لحكم جليلة ، ومقاصد
شريفة - تجمع بين مصالح العباد فى الدنيا ، ورجاء الثواب
ونيل الدرجات العالية فى العقبى ، وقد بينا ذلك من قبل
فى دليل مشروعيته وحكمتها ، وأوضحنا أن تشريع الوصية
قد ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه الرأى والشرع .

ولكن ليس كل وصية تصدر من الموصى يقرها الشرع او
يرضى عنها العقل ، وذلك لأن للوصية حالات مختلفة ، ولكل
حالة منها حكم يناسبها ، وحكم الوصية يختلف باختلاف
أحوال الموصين والموصى لهم ، والموصى به . وغير ذلك .

قال صاحب فتح البارى : المصرح به عند الشافعية
تدبيرة الوصية - غير أن بعضهم قال : « ان كان المال قليلا
والعيال كثيرا - استحب له توفرت عليه » ولكنه ذكر فى
موطن آخر ما يفيد أن الوصية ليس لها حكم واحد فى جميع
الحالات ، فقال : قد تكون واجبة ، وقد تكون مندوبة فيمن
رجا منها كثرة الأجر ، ومكروهة فى عكسه ، ومباحة فيمن
استوى الأمران فيه ، ومحرمه اذا كان فيها اضرار - كما
ثبت عن ابن عباس : « الاضرار فى الوصية من الكبائر » .

وفى أحكام القرآن لابن عربى - وهو مالكى - ما يفيد
أن الوصية مستحبة الا فيما يجب على المكلف بيانه ، أو
الخروج من عهده .

وجاء في كتاب الهداية - فى فقه الحنفية - : الوصية غير واجبة (١) ، وهى مستحبة - كما قال الزيلعى الحنفى فى كتابه : تبين الحقائق : الوصية مستحبة اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى ، فان كان عليه ذلك : كالزكاة أو الصيام أو الحج أو الصلاة التى فرط فيها - فهى واجبة .

ولاهمية البحث المتعلق بحكم الوصية - على المعنى الثانى - ولأن قانون الوصية المصرى أوجد نوعا من الوصية لم يكن معمولاً به فى المحاكم المصرية قبل صدوره فى شهر يونيو سنة ١٩٤٦ م ، وهو وجوب الوصية للأحفاد الذين يموت أبائهم فى حياة أبيهم أو أمهم ، أو يموتون معهم ولو حكما - على ما هو مذكور فى المادة ٧٦ من هذا القانون - وجب أن نبحث هذ الموضوع على الوجه الآتى :

أولا : حكم الوصية - على حسب ما هو مبين فى المذاهب الأربعة .

ثانيا : رأى العلماء فى القدر الذى تجوز به الوصية ، والقدر الذى به تستحب .

ثالثا : بيان آراء علماء الاسلام عامة من المفسرين والأئمة ، والفقهاء ، فى حكم الوصية ، وهل توجد وصية واجبة ؟ وفى أى نوع توجد ؟ ومن القائل بوجوبها ؟

رابعا : بيان حجة كل رأى من الآراء المختلفة مع المقارنة والترجيح .

خامسا : بيان ما اشتملت عليه المواد : ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، وهى التى عرضت لبيان الوصية الواجبة بحكم القانون .
سادسا : رأينا فى تلك المواد - مع بيان رأى الذى نختاره ونرجحه .

(١) قول الحنفية : انها غير واجبة رد على من قال بوجوبها للوالدين والأقربين - اذا كانوا ممن لا يرثون ، ورد أيضا من قال بوجوبها على كل أحد - ممن له ثروة ويسار - لقوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت - ان تترك خيرا - الوصية للوالدين والأقربين » راجع العناية على الهداية ج ٨ ص ٤١٨ .

حكم الوصية وأقسامها في المذاهب الأربعة

١ - المذهب الحنفى : الوصية - عند الحنفية - تعتورها الأحكام الشرعية الخمسة :

(أ) فتكون واجبة - وهى الوصية برد الودائع والديون المجهولة ، وبما عليه من الفرائض والواجبات : كالحج والزكاة والكفارات ، وفدية الصيام والصلاة التى فرط فيها • وفى المجتبى : فرق بين حقوق الله تعالى حيث قال : ان الوصية بها مستحبة كالكفارات وفدية الصلاة والصيام ونحوها ، وبين حقوق العباد : حيث أوجب الوصية بها ، والراجح عدم التفرقة بينهما •

فعلما الحنفية - بناء على ذلك - كجمهور العلماء لا يرون وجوب الوصية للوالدين والأقربين وان كانوا غير وارثين • وعلموا ذلك بأن آية الوصية فى سورة البقرة (١) منسوخة بآية النساء (٢) ، وبحديث أبى امامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (ان الله أعطى كل ذى حق حقه • فلا وصية لوارث) ، وهذا الحديث مشهور تلقته الأمة بالقبول ، ونسخ الكتاب بمثله جائز عند الحنفية (٣) ورأينا فى دعوى النسخ ستراه فيما بعد •

(ب) وتكون مستحبة فى سبل البر ، ولن يقصد بها القرية فيما يعتبر قرية شرعا •

(ج) ومباحة : كالوصية لغنى اذا لم يقصد بها القرية • أما لو أوصى له لكونه من أهل العلم أو الصلاح - اعانة له - أو لكونه رحما كاشعا ، أو ذا عيال - فانه ينبغى نديها •

(١) مى قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تترك خيرا - الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » •

(٢) يقصدون آية الموارث •

(٣) راجع الجزء الخامس من رد المحتار للعلامة ابن العابدین ص ٢٩ •

(د) ومكروهة : كالوصية لأهل الفسوق والمعاصي اذا غلب على ظن الموصى أن الموصى له ينفقها في الشر والفجور .

(هـ) وتكون محرمة باطلة اذا كانت وصية بما لا يجوز شرعا من كل ما هو محرم أو معصية : كالوصية بطعام تجتمع له النائحات بعد موته ، وبضرب قبة على قبره . وقد سبق شرح ذلك في شروط الوصية .

٢ - المذهب المالكي : قال المالكية : تنقسم الوصية خمسة أقسام :

(أ) وصية واجبة : وهي ما كانت بقربة واجبة ، وتجب أيضا على من كان عليه دين أو عنده وديعة - كيلا تضيع حقوق الناس .

(ب) ومحرمة : وهي ما كانت بمحرم كالوصية بالنياحة ونحوها .

(ج) ومندوبة : وهي ما كانت بقربة غير واجبة .

(د) ومكروهة - وهي ما كانت صادرة من شخص له مال قليل وله وارث .

(هـ) ومباحة - وهي ما كانت بمباح

وبعض المالكية يقسم الوصية قسمين : واجبة ، وهي فيما اذا كان له أو عليه حق ، ومستحبة ، وهي فيما عدا ذلك (١) .

٣ - المذهب الشافعي : قسمها الشافعية أيضا خمسة أقسام :

(أ) وصية واجبة ، وهي عندهم - كما قال الحنفية - الوصية بما عنده من ودائع وديون غير معلومة - فيجب عليه

(١) الله على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٥٢ .

ان يوصى بها ولو لم يكن مريضا حتى لا تضيع حقوق الناس بموته بقتة •

(ب) ومحرمة — كما اذا اوصى لشخص مشاغب مفسد بحيث اذا جعل له حق فى التركة افسدها •

(ج) ومكروهة : وهى ما كانت بأكثر من ثلث المال ، او كانت لوارث •

(د) ومستحبة استجبابا مؤكدا ، وهى ما استوفت الشرائط ولم تكن واجبة ولا محرمة ولا مكروهة — كالوصية لغير الوارث المستقيم العقل ، والوصية للفقراء والمساكين •

(هـ) ومباحة : كالوصية للأغنياء (١) •

٤ — مذهب الحنابلة : قسموها أيضا خمسة أقسام :

(١) واجبة : وهى ما يترتب على عدمها ضياع حق الله أو العباد : فتفرض الوصية على من كانت عنده ودائع • أو عليه دين بدون بينة — كما تفرض على من عليه واجب من زكاة أو حج ، أو كفارة أو نذر •

(ب) ومستحبة ، وهى الوصية للقريب الفقير الذى لا يرث بشرط أن يكون الموصى قد ترك مالا كثيرا عرفا ، وألا تزيد على خمس المال — كيلا يؤذى الورثة •

فان لم يكن له قريب فقير تستحب الوصية للفقراء والمساكين والعلماء ونحوهم •

وقيود الاستجباب — عند الحنابلة — معقولة ، محققة لحكمة مشروعية الوصية ، مانعة من الاضرار بالورثة — فهى جديرة بالقبول والترجيح •

(ج) ومكروهة ، وهى وصية الفقير ومن ترك مالا يفضل عن غنى الورثة — اذا كان له ورثة محتاجون •

(١) المصدر السابق ص ٤٥١ •

(د) ومحرمة لا تصح ، وهى الوصية بمعصية وفعل محرم ، ومن ذلك الوصية ببناء كنيسة أو بيت نار ، أو عمارتهما أو الانفاق عليهما ، كذلك لا تصح الوصية بما نهى عنه مما يعمل على القبور من بناء غير مأذون فيه •
(هـ) ومباحة : وهى فيما عدا ذلك (١) •

وبالمقارنة والموازنة بين ما سبق ذكره من أحكام الوصية وأقسامها فى المذاهب الأربعة - يتضح تقاربها وأن الاختلاف بينها يسير - كما تتضح دقة ما اشترطه الحنابلة لاستحباب الوصية لأنها تحقق مقصد الشرع من وضع الأحكام ، وهو تحقيق مصالح العباد ودرء المفسد عنهم •

- رأى العلماء فى القدر الذى تجوز به الوصية ، والقدر الذى به تستحب - مما يتعلق بحكم الوصية من حيث الجواز وعدمه ، والاستحباب وعدم الاستحباب - القدر الذى يوصى به :

فمن المتفق عليه أن الوصية اذا كانت لأجنبى ، واستوفت شروطها - تجوز وتنفذ فى حدود الثلث ، سواء أكان للموصى ورثة أم لا ، وسواء أراضى الورثة أم أبوا • فان زادت على الثلث يتوقف النفاذ فى الزيادة على اجازة الورثة المعتبرة شرعا ان كان له ورثة • وهذا رأى جمهور الفقهاء ومنع أهل الظاهر الوصية بأكثر من الثلث وان أجازها الورثة (٢) •

أما اذا لم يكن للموصى ورثة - فقد ذهب بعض العلماء والفقهاء الى أنه لا يجوز له أيضا أن يوصى بأكثر من الثلث (٣) • وخالف فى ذلك أبو حنيفة وأصحابه ، فانهم قالوا ان لم يترك الموصى ورثة جاز له أن يوصى بماله بعضه أو كله « اذا لم يكن هناك مانع كاستغراق بالدين ونحوه » •

(١) المرجع السابق ص ٤٥١ ، ٤٦٠ ، وكتاب المغنى ج ٦ ص ٥٣٦ و ٥٣٢ •

(٢) الجزء الثانى من الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ص ٣٦٥

(٣) ذكر صاحب بداية المجتهد أن مالكا لا يجيز وصية من لا وارث له - بأكثر من الثلث ، وكذلك الأوزاعى ، واختلف فيه قول أحمد •

وروى هذا القول عن ابن عباس ، وبه قال أبو عبيدة
ومسروق ، واليه ذهب اسحق وشريك ومالك في أحد قوليه ،
وأحمد في رواية ، وهو قول علي وابن مسعود (١) .

هذا هو القدر الذى تجوز به الوصية ، وجملة اراء
العلماء والفقهاء فيه .

أما القدر الذى تستحب به الوصية .— فهو أن يكون أقل
من الثلث . والمعروف من مذهب الشافعى — كما قال صاحب
الفتح — استحباب النقص عن الثلث . وفى شرح مسلم
للنووى : أن كان الورثة فقراء — استحباب أن ينقص عنه ،
وإن كانوا أغنياء فلا . وعند الحنفية : يستحب فى الوصية
المشروعة أن يوصى بأقل من الثلث ، سواء أكان الورثة أغنياء
أم فقراء — كما قالوا : ترك الوصية أولى إن كان الورثة
فقراء ، ولا يستغنون بما يرثون ، والوصية أولى إن كانوا
أغنياء أو يستغنون بنصيبهم . وقيل فى هذا الوجه : يخير
بين الوصية وتركها (٢) .

.. واستحباب الوصية بما دون الثلث رأى كثير من
السلف (٣) : فقد ثبت عن ابن عباس قوله : « لو غرض
الناس فى الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى — لأن
رسول الله صلى الله عليه وسلم — قال : « الثلث ، والثلث
كثير » وقال قتادة : « أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر
بالربع ، والخمس أحب الى » .

والأصل فى تحديد الوصية الجائزة بقدر أقصاه ثلث
التركة ، والوصية المستحبة بما دون الثلث على النحو الذى
بيناه — ما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال :

(١) تفسير القرطبى ج ٢ وفتح البارى ج ٥ ونيل الأوطار ج ٦ .

(٢) وتام الكلام فى الهداية ورد للحنفية فى قلته الحنفية .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ .

« جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم - يعودني من وجع اشتد بي ، فقلت : يا رسول الله : اني قد بلغ بي من الوجع ما ترى - وأنا ذو مال ، ولا يرثني الا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال لا ، قلت : فالشطر يارسول الله ؟ قال لا قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير أو كبير ، انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وفي لفظ : عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم - في مرضي ، فقال : أوصيت ؟ قلت : نعم ، قال : بكم ؟ قلت : بمالي كله في سبيل الله ، قال فما تركت لولدك ؟ ، قلت هم أغنياء ، قال : أوص بالعشر فما زال يقول وأقول : حتى قال أوص بالثلث ، والثلث كثير أو كبير » (١) : ففي هذا الحديث تقييد مطلق القرآن بالسنة ، فان الوصية في قوله تعالى : « من بعد وصية يوصي بها أو دين » جاءت مطلقة غير مقيدة بقدر معين - فظاهرها يقتضي جواز الوصية بقليل المال وكثيره - لكن قامت الأدلة على أن المراد بها الوصية ببعض المال لا بجميعه : منها هذا الحديث الذي قيد أقصى الوصية بالثلث ، ومنها قوله تعالى في الآية الثانية عشرة من سورة النساء : « من بعد وصية يوصي بها أو دين - غير مضار » فان نفى المضارة في الوصية يقتضي الوقوف بها عند قدر معين (٢) - أضف الى هذا انه للجمع بين مراعاة حق الورثة وعدم الاضرار بهم ، وبين حق الموصي في الوصية - كان لا بد من تقييد الوصية بقدر معين - حتى يحافظ على حق الورثة في مال المتوفى وعلى رغبة الموصي في تمكينه من العمل للمصالح ، ومن استدراك ما فاتته من أعمال البر ، والاحسان الى من أحسن اليه من أقاربه الذين لا يرثونه ، أو مكافأة من أسدى اليه معروفا ، وان كان أجنبيا .

(١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج ٦ ص ٣٢ .

(٢) راجع الجزء الخامس من تفسير القرطبي - تفسير سورة النساء .

وقد استنبط الامام أبو بكر الرازي الحنفى (١) من حديث سعد بن أبى وقاص المذكور - ضروبا من الاحكام :
الأول : أن الوصية غير جائزة فى أكثر من الثلث
الا باجازه الورثة .

والثانى : ان المستحب النقصان عن الثلث ، ولذلك قال بعض الفقهاء : استحبه النقصان عنه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « والثلث كثير » .

والثالث : أن الموصى اذا كان قليل المال ، وورثته فقراء ، فإن الأفضل ألا يوصى بشئ لقوله صلى الله عليه وسلم : « انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس » .

والرابع : أن فيه دليلا على جواز الوصية بجميع المال اذا لم يكن له وارث ، ولم يكن هناك مانع آخر - لأنه أفاد أن الوصية بأكثر من الثلث ممنوعة لأجل الورثة ، فإن لم يوجد وارث - ارتفع المانع .

وقد تقدم أن كثيرا من الفقهاء يخالفون الحنفية فيمن ليس له وارث ، فيقولون بمنعه من الزيادة على الثلث لأنهم لم يجعلوا الحكم خاصا بالعلة التى علله بها الشارع ، وهى ألا يترك ورثته عالة يتكفون الناس ، بل لأنهم جعلوا جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة ، وجعلوا بيت المال بمنزلة الوارث - فقالوا لا تجوز وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث ، ومن ثم أوضح القرطبى سبب الاختلاف بقوله : ومنشأ الخلاف راجع الى بيت المال : أو ارث هو أم حافظ لما يجعل فيه (٢) ؟ ولا شك أن رأى الحنفية أقوى حجة ، وأقوم قيلا لما ذكره الرازى فى الضرب الرابع من الأحكام التى استنبطها من حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه .

(١) راجع احكام القرآن للرازى المعروف بالخصاص .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ فى مبحث الوصية ، والجزء الثانى من تفسير القرطبى .

— آراء علماء الإسلام عامة (١) من المفسرين وأئمة
الفقه والحديث •

— في حكم الوصية وهل توجد وصية واجبة ؟ وفي أي
نوع توجد ولن تجب ؟

قال صاحب فتح الباري : ان من لم يترك مالا — لا تشرع
له الوصية بالمال وكذا من له مال قليل على رأى بعض العلماء ،
والمرجح به عند الشافعية ندبية الوصية من غير تفريق بين
قليل وكثير • واختار جماعة — على ما رواه القرطبي — لمن
له مال قليل وله ورثة — ترك الوصية — روى ذلك عن علي
وابن عباس وعائشة — رضوان الله عليهم أجمعين (٢)
وسيتضح تفصيل ذلك فيما بعد •

وللعلماء والأئمة والفقهاء — المتقدمين منهم والمتأخرين —
أقوال كثيرة في حكم الوصية وصفتها الشرعية : من الوجوب
وعدمه ، والحل والحرمة والاستحباب ، والكراهة •

وتنقسم هذه الآراء انقساما أوليا — بصفة اجمالية —
قسمين : أحدهما يقول بوجوب الوصية ، والآخر يقول بعدم
وجوبها — غير أنه لاختلاف آراء القائلين بالوجوب، والقائلين
بعدمه — يمكن تلخيص الآراء جميعها — في خمسة أقوال :
القول الأول : وجوب الوصية في الجملة — فيما قل
وكثير — وهو رأى جماعة من السلف : منهم الزهري وأبو
مجلس ، وعطاء ، وطلحة بن مصرف ، وحكاه البيهقي عن
الشافعي في القديم، وبه قال اسحق ، وداود شيخ الظاهرية ،
واختاره آخرون (٣) •

(١) وذلك منذ عصر الفصحى والتابعين إلى عصر الأئمة الأربعة ومن يليهم •

(٢) الجزء الخامس من فتح الباري طبعة سنة ١٣٤٨ هـ ، والجزء الثاني من تفسير

القرطبي •

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ، وفتح الباري ج ٥ وتفسير القرطبي ج ٢ •

وقد استدلووا على رأيهم هذا بحديث ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال : « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه ، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » ، وروى بلفظ آخر : « ما حق امرئ مسلم ، يبيت ليلتين ، وله شيء يريد أن يوصي فيه ، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه » - كما استدلووا بظاهر قول الله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا - الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف - حقا على المتقين » .

القول الثاني : وجوب الوصية للأقربين الذين لا يرثون خاصة ، وهو رأى طاوس ، وقتادة والضحاك ، ومسروق ، والحسن ، وجابر بن زيد ، وآخرين . واختاره الطبري ، وهو رأى أبى بكر عبد العزيز وقول داود (١) ، وابن حزم . استدل أصحاب هذا الرأى بالآية المذكورة . وتفسير استدلالهم بها من وجهين :

الوجه الأول : أن الآية محكمة غير منسوخة ، ولكن ظاهرها العموم ومعناها الخصوص ، فهي مخصوصة - لأن لفظ الأقربين - يشمل الوارثين وغيرهم - فخص منها من يرث بآية الفرائض ، وبحديث « لا وصية لوارث » ، وبقي حق من لا يرث من الوالدين والأقربين - من الوصية على حاله .

الوجه الثاني : أن الوصية كانت واجبة للوالدين والأقربين مطلقا بنص آية الوصية ، ولكنها نسخت في حق من يرث فقط ، وبقيت في حق الوالدين والأقربين الذين لا يرثون (٢) .

ومن تنمة هذا الرأى أن بعض القائلين به يرون عدم صحة الوصية لغير ذوى القرابة إلا عند عدم وجودهم ، وهو رأى الضحاك ، ومثله رأى طاوس : إذ نقل عنه أن الموصي إذا أوصى بالثلث لغير ذى قرابة وله ذو قرابة ممن لا يرثه ،

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٦ ص ٤١٥ .

(٢) فتح البارى وأحكام القرآن للرازى وتفسير القرطبي .

فان وصيته لا تنفذ ، وترد الوصية كلها الى ذى قرابته (١) .

القول الثالث : بما رآه ابن حزم - وهو من اهل الظاهر - من فرضية الوصية ووجوبها بوجه عام - كما في الراى الأول - ومن وجوبها - بوجه خاص - للأقارب غير الوارثين - كما في الراى الثانى - فان لم يقم الشخص بذلك ومات من غير أن يوصي هذا الايصاء الواجب - فان ابن حزم يرى فرض وصية فى تركته ، لأن الوصية فرض واجب الاداء ، فان قصر المتوفى فيما يجب عليه ، فلم يوص - كان على من يلي أمر المسلمين تنفيذ هذا الواجب .

فراى ابن حزم - وان اتفق مع الرايين السابقين فى جملةهما - يختلف عنهما فى ايجاب الوصية فى تركه المتوفى ان مات من غير وصية .

ولما كان هذا الراى مما بنى عليه تشريع الوصية التى أخذ بها المشرع المصرى فى قانون (٢) الوصية رقم ٧١ لسنة

(١) واتماما للفائدة والايضاح - نذكر لك هنا جملة الآراء فى الوصية للأقارب :
قال صاحب المغنى : الأفضل أن يجعل الموصى وصيته لأقاربه الذين لا يرثونه اذا كانوا فقراء ، وذلك فى قول عامة أهل العلم - حتى قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء - فيما علمت - فى ذلك اذا كانوا ذوى حاجة ، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين ، فخرج منه الوارثون لحديث (لا وصية لوارث) ، وبقي ضائق الأقارب ، وأقل ذلك الاستحياب وقد قال الله تعالى : (وبأت ذا القربى حقاً) وقال (أتى للمال على حبه ذوى القربى) فهذا بهم ، ولأن الصدقة عليهم فى الحياة ، فكذلك بعد الموت . فان أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته فى قول أكثر أهل العلم : منهم سالم وعطاء ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى واسحق وأصحاب الراى .

وقال عن طائوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا : ينبغي عنهم أو يزداد قرابته . وعن سعيد بن المسيب والحسن وباهر بن زيد : للذى أوصى له ثلث الثلث ، والباقي يرد الى قرابة الموصى لأنه أوصى بماله كله لحاجته منه الثلث ، والباقي يرد على الورثة ، وأقاربه الذين لا يرثونه فى استحقاق الوصية كالورثة فى استحقاق المال كله .
ورد جمهور العلماء على هذا الراى بأن الوصية عطية ، فتجوز لغير قرابته كالعطية فى الحياة - كما استدلوا على رأيهم بحديث يروونه فى هذا الشأن - راجع المغنى ج ٦ ص ٤١٨ وأحكام القرآن لأبى بكر الرازى ج ١ ص ١٩٣ من الطبعة البهية سنة ١٣٤٧ هـ .

(٢) فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون عند توضيح المادة ٧٦ : أن إعطاء جزء من مال المتوفى للأقارب غير الوارثين على أنه وصية وجبت فى ماله - اذا لم يوص لهم - مذهب ابن حزم ، ورواية فى مذهب الامام أحمد .

١٩٤٦ - أفردناه بالذكر ، وكان علينا أن نوضحه بعض التوضيح من كلام ابن حزم نفسه الذي ورد في كتابه المحلى في الفقه - قال ما خلاصته :

الوصية فرض لازم على كل من ترك مالا ، فلا يسع مؤمنا أن يتركه لحديث ابن عمر : « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به ، يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة » ، ويقول : ان هذا الرأي هو رأى ابي سليمان داود بن خلف أمام الظاهرية ، وان عليه كل الظاهريين . وهو يوجب الوصية على الشخص ، سواء أكان له مال كثير ، أم مال قليل . فان مات من غير أن يوصي - وجب أن يتصدق من ماله بما تيسر مما لا يجحف بالورثة ، وهو يقول في ذلك « من مات ولم يوص - ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد ، لأن فرض الوصية واجب ، فوجب أن يخرج شيء من ماله بعد الموت . . ولا حد في ذلك الا ما رآه الورثة أو الوصي مما لا اجحاف فيه على الورثة ، وهو قول طائفة من السلف » .

ومع قول ابن حزم بوجوب الوصية في الجملة من غير تعيين لصفة الموصى له - أخذنا من ظاهر نص الحديث الذي أسلفنا ذكره - ينص وصية من بين الوصايا بالوجوب : وهي الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين - اتباعا لقول الله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا - الوصية للوالدين والأقربين ، بالمعروف - حقا على المتقين » ، فالوصية للوالدين والأقربين فريضة بنص الآية - غير أنه خرج منها الولدان والأقربون الذين يرثون ، وبقي من لا يرث منهم على الفرض .

فان لم يوص الشخص وصية لازمة ، أو ترك الوصية للوالدين والأقربين من غير الوارثين - قام ولي الأمر بتنفيذ ما قصر فيه - لأن هؤلاء صار لهم حق في ماله . ومن الظلم ترك الوصية الواجبة المفروضة ، فاذا وقع هذا الظلم كان من الواجب على ولي الأمر دفعه . ولم يعين ابن حزم القدر

الذى تجب الوصية به ، ولا المقدار الذى يفرض اخراجه ان مات الشخص من غير وصية - لأن النص لم يمين مقدار الواجب - فبقى القدر على العموم والاطلاق المستفادين من الآية - غير انه ورد فى عبارة ابن حزم ما يشير الى الأساس الذى يبنى عليه تقدير تلك الوصية ، وهو ما تطيب به النفس ، وما يراه الورثة أو الوصى ، وذلك هو قوله :

« فرض على كل مسلم أن يوصى لقرباته الذين لا يرثون : اما لرق ، واما لكفر ، واما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث ، أو لأنهم لا يرثون - فيوصى لهم بما طابت به نفسه ، لا حد فى ذلك * فان لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصى » ، ويقول أيضا فى شأن الوصية الواجبة للأقربين غير الوارثين « واذ هو حق لهم واجب - فقد وجب لهم من ماله جزء مفروض اخراجه لمن وجب له ، ان ظلم هو ، ولم يأمر باخراجه * الى آخره » (١) .

هذا هو رأى ابن حزم فى الوصية الواجبة - كما جلاه فى كتابه المحلى - فليس فيه تحديد للقدر الموصى به فى الوصية الواجبة - نصيب معين - اكتفاء بما تطيب به نفس الموصى ، أو بما يراه الورثة أو الوصى - مما لا اجحاف فيه بالورثة ، كما أنه ليس فيه تخصيص للأقربين غير الوارثين - بنوع معين ، أو طائفة معينة منهم *

ومما لا ريب فيه أن ابن حزم - فيما صدر عنه من آراء تشريعية - كان يسير دائما على ضوء تلك القاعدة التى بنى عليها رأيه فى الوصية الواجبة - من أخذه بظاهر النص ، ومن عدم تحديد القدر الواجب الا بما تطيب به النفوس ، مما لا يجحف بالورثة * وبرهان ذلك ما رآه من وجوب اعطاء الأقارب غير الوارثين ، واليتامى والمساكين اذا حضروا قسمة تركة المتوفى - فقال فى ذلك :

(١) كتاب ابن حزم للباحث المحقق الأستاذ محمد أبو زهرة من ص ٤٨٠ الى ص ٤٨٦ .

« إذا قسم الميراث - فحضر قرابة للميت ، أو للورثة ، أو يتامى أو مساكين - فرض على الورثة البالغين ، وعلى وصى الصغار ، وعلى وكيل الغائب - أن يعطوا كل من ذكرنا ما طابت به نفوسهم ، مما لا يجحف بالورثة » ثم قال : « ويجبهم الحاكم على ذلك ان أبوا » . وقد استدل على ذلك بقول الله تعالى : « وإذا حضر القسمة أولو القربى ، واليتامى ، والمساكين - فارزقوهم منه ، وقولوا لهم قولاً معزوقاً » .
والامر عند الظاهرية للوجوب حتى يقوم الدليل من النص على غيره (١) . ولكن أكثر العلماء حملوا الأمر فى الآية على الندب والاستحباب - فالرضخ (٢) للمذكورين فى الآية مستحب لا واجب .

القول الرابع : قول أبى ثور : ان وجوب الوصية فى الحديث والآية يختص بمن عليه حق شرعى (٣) يخشى ان يصيب على صاحبه ان لم يوص به - كوديعة ، أو دين لله تعالى ، أو لأدمى - لكن صاحب الفتح قال : حاصل هذا الزاى يرجع الى قول الجمهور - الذى سنذكره بعد - وهو أن الوصية غير واجبة لعينها ، وأن الواجب لعينه هو الخروج من الحقوق الواجبة للغير ، سواء أكان ذلك بتنجيز أم بوصية ، ومحل وجوب الوصية انما هو فيما اذا كان من عليه الحق عاجزاً عن تنجيز ما عليه ، ولم يعلم بذلك غيره ممن يثبت الحق يشهادته .

القول الخامس : قول جمهور العلماء : انها غير واجبة - حتى نسب ابن عبد البر القول بعدم وجوب الوصية الى الاجماع سوى من شد . وفى قوله مبالغة لوجود من يخالف هذا الراى من العلماء - على ما سبق ذكره -
وعلى آية حال : فجمهور العلماء لا يقولون بوجوبها

(١) المصدر السابق .

(٢) من رضى له : أعطاه عطاء غير كثير .

(٣) فتح البارى .

باطلاق - كالرأى الأول ، ولا بوجوبها للأقارب غير الوارثين -
كالرأى الثانى ، ومن باب أولى لا يوجبونها من قبل الحاكم
إذا مات الشخص من غير وصية - كما ذهب الى ذلك أصحاب
القول الثالث * غير أن جمهور العلماء يقولون انها واجبة
فقط على من قبله ودائع وعليه ديون *

وفيما عدا ذلك هي غير واجبة عندهم ، وهو قول مالك
والشافعى والحنفية والثورى - موسرا كان الموصى ، أو
فقيرا - على ما نقله القرطبى

أيد القائلين بعدم الوجوب رأيهم بما يأتى :

أولا : استدلوا - لعدم الوجوب - من حيث المعنى -
بأن المتوفى إذا لم يوص يقسم جميع ماله بين ورثته بالاجماع
فلو كانت الوصية واجبة لخرج من ماله سهمها ينوب عن
الوصية (١) * ويدفع هذا الدليل ويهتبه ما سبق ذكره فى
القول الثالث ، وما أوضحناه - من رأى ابن حزم *

وثانيا : أجابوا عن آية الوصية التى تفيد الوجوب :
« كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا - الوصية
لوالدين والأقربين بالمعروف » بأنها منسوخة : نسختها آية
الفرائض ، والآحاديث الدالة على عدم صحة الوصية للوارث
الا باجازه الورثة (٢) وفى صحيح البخارى عن ابن عباس
قال : كان المال للولد ، وكانت الوصية للوالدين ، فنسخ الله
من ذلك ما أحب فجعل ، للذكر مثل حظ الأنثيين وجعل
للأبوين لكل واحد منهما السدس ، وجعل للمرأة الثمن
والربع ، وللزوج الشطر والرابع * »

ومنهم من قال : ان الوصية المذكورة فى الآية لم تكن
واجبة ، وانما كانت ندبا (٣) وارشادا ، وحينئذ فلا نسخ ،
كما أنه لا وجوب للوصية *

(١) الجزء الخامس من فتح البارى *

(٢) سبق تفصيل الكلام فى ذلك - فى مبحث الوصية للوارث *

(٣) احكام القرآن للجصاص ، والتفسير الكبير للفيخر الرازى *

ونحن نقول : ان النسخ فى الآية غير متعين ، ولا ضرورة تدعو اليه ، وليس موضع قبُول من جميع العلماء - فان طائفة منهم يرون النسخ فى الآية جزيا ، اى فى بعض ما تشتمل عليه ، فيقولون ، قد كانت الوصية واجبة للوالدين والاقرين ، فنسخت عن يرث ، وجعلت للوالدين والاقرين الذين لا يرثون * * ومنهم من يقول ان الآية محكمة لا نسخ فيها ، وانما هى من قبيل العام الذى خصص (١) لأن لفظ الاقرين يشمل الوارثين وغيرهم « وقد خص منها الوارث بأية الفرائض ، وبالأحاديث التى لا تجيز الوصية للوارث الا أن يشاء الورثة * وبقي حق من لا يرث من الاقرين - من الوصية على حاله * وهذا هو الذى نرجحه ونختاره لأن فيه اعمالا لجميع النصوص ، وتوفيقا مقبولا بينها ، وابعادا لدعوى النسخ الذى لا ضرورة تدعو اليه *

والقول بأن الوصية فى الآية لم تكن واجبة ، وانما كانت ندبا وارشادا - خلاف الظاهر - فان قوله « كتب عليكم » ظاهر فى الفرضية والوجوب *

وثالثا : اجابوا عن حديث ابن عمر : « ما حق امرئ مسلم * الخ » * بأن المراد الحزم والاحتياط لأنه قد يفجؤه الموت وهو على غير وصية ، ولا ينبغي للمؤمن أن يغفل عن ذكر الموت والاستعداد له *

وقيل الحق - لغة - الشئ الثابت ، ويطلق شرعا على ما يثبت به الحكم ، والحكم الثابت اعم من أن يكون واجبا أو مندوبا * وقد يطلق على المباح قليلا (٢) ، يضاف الى هذا تفويض الوصية الى ارادة الموصى : حيث جاء فى بعض روايات الحديث : « وله شئ يريد أن يوصى فيه » ، فلو كانت واجبة ما علقها بارادته *

(١) فتح البارى ، وتفسير القزطبى وتفسير الفخر الرازى

(٢) يراجع فتح البارى *

وهذا الذى قالوه فى اجابتهن عن الحديث — على فرض التسليم به — لا ينافى وجوب الوصية للوالدين والاقربين غير الوارثين — المستفاد من آية الوصية •

الوصية الواجبة فى القانون

١ — اذا كانت الوصية غير واجبة على رأى جمهور العلماء • فيما عدا الحالة التى اشرنا اليها فى المول الخامس • فمن أين استقى التشريع المصرى الحديث القول بوجوب الوصية ؟

لم يكن فى تشريعنا المصرى قبل صدور — قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ — وصية واجبه مفروضة بحكم القانون — اتباعا لمذهب الامام أبى حنيفة واصحابه ، وهو يوافق مذهب أكثر العلماء من الأئمة والفقهاء ، الذين سبق ذكر آرائهم وحججهم فى هذا البحث •

فلما صدر القانون المذكور فى سنة ١٩٤٦ — جاء بنوع جديد من الوصية عرف بالوصية الواجبة ، وذلك ما تضمنته المادة ٧٦ ، وما تلاها من المواد ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ •

وخلاصة المادة ٧٦ — أنه اذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته ، أو مات معه — ولو حكما — يمتل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته — وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرطين :

الأول : أن يكون هذا الفرع غير وارث • والثانى : ألا يكون الميت قد أعطى هذا الفرع بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، فان كان ما أعطاه أقل منه — وجبت له وصية بقدر ما يكمله •

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات،
ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور (١) وان نزلوا ، على أن
يجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل
أصل على من يوجد من فروعه قسمة الميراث . كما لو كان
أصولهم الذين ينتسبون بهم الى الميت ماتوا بعده مرتبين .

أما المادة ٧٧ فقد قررت : أن الميت اذا اوصى لمن وجبت
له الوصية بأكثر من نصيبه - كانت الزيادة وصية اختيارية ،
وان اوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله . وان اوصى
لبعض من وجبت لهم الوصية دون بعض - وجب لمن لم يوص
له قدر نصيبه .

ويؤخذ بنصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من اوصى
نه بأقل مما وجب - من باقى الثلث ، فان ضاق عن ذلك
فمنه ، ومما هو مشعول بالوصية الاختيارية ان وجدت .

وقضت المادة ٧٨ - بأن الوصية الواجبة تقدم على غيرها
من الوصايا - فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية ،
واوصى لغيرهم - استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه
من باقى ثلث التركة ان وفى ، والا فمنه ومما اوصى به
لغيرهم .

وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ
- كما ورد فى المذكرة التفسيرية - مما نقله ابن مفلح عن
الامام أحمد ، وما روى عن طاوس .

والمراد بغير الوصية الواجبة للأقربين : الوصايا
الاختيارية ولو كانت وصية بفرض أو بواجب آخر ، وسواء
أكانت لجهة أم لأشخاص (٢) .

ثم جاءت المادة ٧٩ - مقررة أنه فى جميع الأحوال المبينة
فى المادتين ٧٧ ، ٧٨ - يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية

(١) أولاد الظهور : هم من لا ينتسبون الى الميت بانثى ، وان نزلت طبقاتهم .

(٢) المذكرة التفسيرية - المادة ٧٨ .

بين مستحقيها بالمحاصة، فيقسم بين أصحابها بنسبة حصصهم، وذلك بعد تنفيذ الوصية الواجبة - على الوجه الذى بينه القانون .

وليس من قصدنا - فى هذا البحث - ان نعرض لتفصيل الأحكام التى تضمنتها المواد الأربع التى أشرنا إليها - فان ذلك يقتصر الى بحث آخر مستقل - انما نريد ان نعرض لهذه الوصية من حيث المبدأ مع بيان المسوغات التى حملت على تشريع الوصية الواجبة ، ومناقشة هذه المسوغات ، وبيان رأينا فيها :

بالرجوع الى المذكرة التفسيرية - عند تعرضها لتوضيح مواد الوصية الواجبة - نجد ان اهم ما استندت اليه فى وضع الاحكام التى تضمنتها المادة ٧١ - هى الالوجه الاتية :

أولا : قولها انها وضعت لتلافى حالة كثر منها الشكوى، وهى حالة الأحفاد الذين يموت أبائهم فى حياة أبيهم او امهم ، او يموتون معهم ولو حكما ، كالغرقى والحرقى ، فان هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يجلبهم من الميراث - مع أن آبائهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت . وقد يكونون فى عياله يموئهم ، وأحب شئ الى نفسه أن يوصى لهم بشئ من ماله ، ولكن المنية عاجلته ، فلم يفعل شيئا ، أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية . وقد تضمنت المادة ٧٦ - أنهم اذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب أصلهم فان الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث (١) .

(١) القانون لم يبين طريقة استخراج الوصية الواجبة - بالطريقة الحسابية اذا اجتمعت مع الورثة . والملاصة أن مقدارها اذا كان أكثر من الثلث لم تنفذ من غير اجازة الورثة الا فى الثلث فحسب - كما اذا مات الشخص - من غير ايصاء - عن بنت وابن وأولاد ابن مات فى حياة أبيه فان الابن المتوفى كان يستحق خمس التركة لو كان حيا ، وحينئذ فلا يستحق أولاده الا الثلث اذا لم تجز الورثة ، ويقسم بينهم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين . =

- وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وان نزلت طبقاتهم . الى أن قالت المذكورة : « ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ، ولم يعقبوا ، أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية : فلو خلف الميت ابنا وبنتا ، وبنتى بنت ماتت فى حياته ، وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضا غير مرتبين ، وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب ، أو أعقب أولاد بنت - قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية - وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث ، فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمة الميراث : للبنت ثلثه - يعطى لبنتيهما بالتساوى ، وثلثاه لابن يعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده » .

= أما الثلثان الباقيان - فانهما يقسمان على البنت والابن الموجودين القسمة الشرعية الواجبة بالميراث .

وان كان ما يستحقه الفرع المتوفى فى حياة أحد أبويه لا يتجاوز الثلث ان كان حيا - فذلك يحتمل حلين :

الأول : أن يفرض أن الوصية الواجبة هى وصية بمثل نصيب أحد الورثة : فإذا كان الموجود فرع ابن توفى فى حياة أحد أبويه - قدرت الوصية الواجبة له كأنها بمثل نصيب الابن وإذا كان الموجود فرع بنت توفيت فى حياة أبيها - قدرت الوصية الواجبة كأنها بمثل نصيب البنت - فلا يفرض الولد المتوفى حيا - على هذا الحل - بل تحل المسألة بين الورثة الأحياء ، ثم يضاف الى أصل المسألة مثل سهام الولد المتوفى فى حياة أبيه أو أمه .

فإذا توفيت المرأة عن : زوج ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المورثة ، وتركته ٣٦٠ فدانا - فان المسألة تكون من ٤ للزوج سهم - وللابن سهمان - ثم يزداد على أصل المسألة مثل سهام الابن (أى ٣) فتصير المسألة من ٦ ، وتقسم التركة على ٦ - فيخص بنت الابن ١٢٠ فدانا بطريق الوصية الواجبة .

الحل الثانى : أن يفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه - حيا - ويقدر نصيبه بالسهم ، ويستخرج نصيبه من التركة على هذا الأساس . ثم يقسم مابقى من التركة بتوزيع جديد - على الورثة الموجودين فعلا من غير نظر الى الولد الذى فرض حيا . ومن الممكن تطبيق هذا الحل على المثال السابق .

والحل الأول هو ما أفتى به مفتى الديار المصرية . وميزته أنه يجعل التماثل قائما بين فرع الولد الذى توفى فى حياة المورث وبين من يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ، ولكنه لا يساير منطوق المادة ٧٦ - كما أنه يعطى الولد المتوفى أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حيا . ولهذا نميل الى ترجيح الحل الثانى - راجع شرح قانون الوصية للباحث المحقق الأستاذ أبو زهرة ص ٢٠٩ وما بعدها .

ثانيا : أن وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه الحديث - ومنهم الامام أحمد ، وداود ، وابن حزم ، والطبري . وقالت ان الأصل في هذا قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا - الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف - حقا على المتقين » .

ثالثا : أن اعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين - على أنه وصية واجبة في ماله - اذا لم يوص لهم - مذهب ابن حزم ، ورواية في مذهب الامام أحمد .

رابعا : قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين في المادة ٧٦ - مبنى على مذهب ابن حزم الذي يجيز أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض ، فلولي الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد - على الترتيب المذكور في المادة .

خامسا : أن تحديد الواجب لهم بمثل نصيب أيهم أو أهم في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث - مبنى أيضا على مذهب ابن حزم ، وعلى القاعدة الشرعية : وهي أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ، ومتى أمر به وجبت طاعته ، وهي القاعدة التي سبق شرحها في المادة الثانية . وقالت المذكرة التفسيرية : ان الجزء الواجب اخراجه يجوز - في مذهب ابن حزم - أن يحدده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب - كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر . وعلى هذا يجوز لولي الأمر أن يأمر باعطاء الأحفاد في الوصية الواجبة جزءا من التركة هو مثل نصيب أصلهم في حدود الثلث - لأن هذا هو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط . . الى آخر ما جاء بها (١) .

(١) المذكرة التفسيرية بشيء من التصرف .

تلك هي خلاصة المسوغات التي وردت بالمذكرة
التفسيرية :

أما الوجه الأول منها - فنحن نسلم به لأنه واضح
مشاهد ، ولكن واضعى المادة أغفلوا حالات أخرى ، كثر منها
الشكوى ، كحالة الأحفاد الذين اقتضت عليهم المادة ٧٦ •

ومن أمثلة ذلك : ما اذا لم يوص الميت للقريب غير
الوارث ، وترك أما وأخوة لأم ، وأم أب - فان الجدة لأب
فى هذا المثال محجوبة بالأم ، وقد تكون فقيرة محرومة
ولا عائل لها • أو مات الشخص من غير وصيه ، وترك اما
لا ترتبه ، أو أباً لا يرثه لمانع من موانع الارث ، وقد يكون
كل منهما محتاجاً الى صلته وبره • أو مات عن زوجة ، وأخ
شقيق ، وأبى أم • والأخير من ذوى الأرحام ، وهو لا يرت فى
هذه الحال وكذا اذا مات الشخص ولم يوص • ولم يترك
أصولاً ولا فروعاً ، ولكنه ترك عما شقيقاً وعمة شقيقه ، أو
ترك أخوا شقيقاً ، وابن أخ شقيق آخر مات فى حياة أخيه
المتوفى ، والعمة لا تستحق شيئاً فى المثال الأول ، وكذا ابن
الأخ فى المثال الثانى •

ألم تكن هذه الحالات وأمثالها مستحقة العلاج من
واضعى المادة المذكورة فتفرض فيها وصيه واجبة - كما فى
حالة الأحفاد ؟

والوجهان الثانى والثالث من الأوجه التى استندت اليها
المذكرة التفسيرية صحيحان ، مقبولان فى ذاتهما ، وقد
ذكرناهما - فيما سبق - حينما بسطنا آراء الأئمة والفقهاء
فى حكم الوصية - غير أن استدلال المذكرة بأراء هؤلاء الفقهاء
وبالآية الكريمة - لا يؤيد باطلاق ما ذهب اليه المادة من
قصر الوصية الواجبة على الأحفاد •

وأما الوجه الرابع الذى ذكر لتسوية قصر الأقربين على
الأحفاد - دون غيرهم من الأقارب غير الوارثين - فهو غير

مسلم به ، لأنه يتنافى مع الآية التى استندوا اليها فى الوجه الثانى : اذ اعتبروها دليلا على وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ، ولفظ الأقربين يشمل الأحفاد وغيرهم ، كذلك لا يتفق مع الأساس الذى بنيت عليه الوصية الواجبة ، ولا مع المصلحة الراجحة التى تقضى بصلة ذوى الأرحام ، والأقربين الذين لا يرثون - كما هو واضح فى الأمثلة التى ذكرناها فى ردنا على الوجه الأول .

وفقهاء التابعين وغيرهم الذين استندت المادة الى رأيهم فى وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين - لا يسولون بذلك - اذ لا دليل على تخصيص الأقربين غير الوارثين - بالأحفاد . وما كان ليخفى على ابن حزم الذى بنيت المادة على مذهبه هذا الدليل ، لو كان اليه سبيل ، وهو ذو العقلية الكبيرة التى لا وجود الزمان بمتلها الا قليلا - يضاف الى هذا ان قصر الوصية الواجبة على الأحفاد - ينفى وجوب الوصية للوالدين اذا كانا غير وارثين ، مع انهما مذكوران بالنص فى آية الوصية - التى جعلتها المذكرة أصلا فى وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين .

على أن ما ورد بالمذكرة التفسيرية من أن قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين فى المادة ٧٦ - مبنى على مذهب ابن حزم - لا يسوغ قبوله الا فى حالة ما اذا ترك الميت أحفادا وأقارب آخرين غير وارثين .

أما فى حالة ما اذا توفى الشخص من غير وصية ، ولم يترك أحفادا ، ولكنه ترك أقارب غير وارثين - فان ابن حزم هنا يفرض لهم وصية واجبة - فى حين أن قانون الوصية لا يرى وجوبها لغير الأحفاد . وعلى ذلك - فقول المذكرة التفسيرية : ان قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد - مبنى على مذهب ابن حزم - لا يسوغ قبوله على إطلاقه - فلم يبق الا أن هذا الرأي - وهو قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد - مجرد اجتهاد من اللجنة التى وضعت القانون .

وكل اجتهاد لا يند أن يستند الى دليل من الأدلة الشرعية -
فأين هذا الدليل ؟ *

كذلك الوجه الخامس ، وهو ما ذكر كمسوغ لتحديد
الواجب بمثل نصيب الأصل في حدود الثلث - غير مسلم به
أيضا - لأن رأى ابن حزم الذى بيناه فيما سبق - ليس فيه
تحديد للقدر الموصى به فى الوصية الواجبة بنصيب معين ،
وانما اكتفى بما تطيب به نفس الموصى ، او بما يراه الورثة
أو الوصى - مما لا اجحاف فيه بالورثة ، وهذه هى عبارته
التي تدل على ذلك - نسوقها مرة أخرى !

«فرض على كل مسلم أن يوصى لقرابته الذين لا يرثون :
اما لرق ، واما لكفر ، واما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث ،
أو لأنهم لا يرثون - فيوصى لهم بما طابت به نفسه ، لا أحد
فى ذلك - فان لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو
الوصى » *

فهذا هو الأساس الذى يجب أن يراعى فى تقدير
الوصية الواجبة اذا مات الموصى من غير أن يوصى بها ، وهو
أن تكون بقدر تطيب به نفوس الورثة ، ولا يجحف بحقوقهم
- أضف الى ذلك أن هذه الوصية - وان كانت واجبة عند من
يقول بها من العلماء - لا تخرج عن كونها صلة للقريب غير
الوارث * ولا شك أن مراعاة الأساس الذى أشار اليه ابن
حزم فى تقدير الوصية الواجبة * وكذا اعتبارها صلة - مما
يرجح فى نظرنا أن تحدد هذه الوصية بما دون الثلث * وأن
تكون بالقدر الذى تطيب به النفوس فى مجرى العادة
والعرف السليم *

٤ - من أجل هذا كله - نرى موافقة واضعى المادة ٧٦
- على مبدأ وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين - لقوة
أدلته التى أوضحناها - فيما سبق ذكره فى حكم الوصية *
ولكننا نخالفهم فى ثلاثة أمور .

الأول : - فى تخصيص الأقارب غير الوارثين - بالأحفاد .

الثانى : - فى ربط مقدار الوصية الواجبة لهم بنصيب أصلهم المتوفى فى حياة أبيه أو أمه - على ألا يتجاوز الثلث .
الثالث : فى استنادهم - فى ذلك - الى أدلة ، غير متجانسة ، ولا متماسكة : فتارة يرجعون الى نص قرأنى - كشر اختلاف المفسرين والفقهاء فى تأويله ، وفى أنه محكم أو منسوخ ، أو فى أنه عام أو خاص ، وتارة يرجعون الى ما سموه قاعدة شرعية ، وهى أن لولى الأمر أن يأمر بالمباح - لما يراه من المصلحة العامة - ومتى أمر به وجبت طاعته ، وأن أمره فى رأى بعض الفقهاء - ينشئ حكماً شرعياً ، وتارة يعتمدون على مذهب أحد الأئمة ، ولكنهم يأخذون ببعض مذهبهم دون بعض .

لذلك - نرى تخصيص الأقارب بالأحفاد حكماً لا دليل عليه من نقل ، ولا من مصلحة راجحة - بدليل ما سبق ان بيناه فى الرد على الوجهين الأول والرابع - من المسوغات التى استندت اليها المذكرة التفسيرية ، وبدليل الحالات التى أشرنا اليها فى ردنا على الوجه الأول ، وهى تحتاج الى علاج كحالة الأحفاد - وعلاجها يكون بجعل الأقارب غير الوارثين طبقات مرتبة ، بعضها مقدم على بعض - بحسب قرب القرابة وبعدها .

فاذا مات الشخص - من غير إيصال - ولم يكن له أحفاد - على الوجه الذى بينته المادة ٧٦ - وله مع ورثته أقارب آخرون غير وارثين - فما الذى يمنع من فرض الوصية لهم فى هذه الحالة .

كذلك نميل الى قصر الوصية الواجبة على المحتاجين - من الأقارب غير الوارثين - كما يقول بذلك بعض العلماء - لأنها لا تخرج عن كونها من صلات البر ، وداخلية فى باب الخير والصدقة . والمحتاجون بذلك أحق وأولى . وقد روى

عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه يرى الوصية للأفقر ،
فالأفقر (١) .

وربط مقدار الوصية الواجبة للأحفاد بنصيب أصلهم
بشرط ألا يتجاوز الثلث ، هو حكم اجتهادى من اللجنة التى
أعدت القانون ، وهو أيضا حكم لم تسق عليه دليلا مقنعا ،
وذلك لأن تحديد القدر فى الوصية الواجبة - إذا مات من
عليه الوصية من غير إيصاء - يجب أن يراعى فيه
ما تطيب به نفوس الورثة ، وما لا يحجب بهم - كما
يقول ابن حزم الذى تقول المذكرة التفسيرية ان ما ذهب
اليه من هذا الحكم - مبنى على مذهبه ، ولا شك أن نصيب
الأصل الذى قد يبلغ الثلث ، وقد يتجاوزه - لا يمكن أن
تطيب به نفوس الورثة - فى مجرى العادة - وقد يجحف
بهم . ولذلك ورد فى حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله
عنه : « الثلث ، والثلث كثير » .

وبناء على ذلك - نضع خطوطا رئيسية لما نراه فى هذا
الشأن ، ونلخصها فيما يأتى :

أولا : عدم قصر الوصية الواجبة على الأحفاد ، بل
ينبغى - إذا لم يوجدوا - ووجد أقارب آخرون محتاجون ،
وغير وارثين - أن تفرض لهم وصية فى مال المتوفى - إذا
لم يوص لهم .

ثانيا : ألا يربط قدر الوصية الواجبة بنصيب أصل ،
أو غيره - لأنها وصية وليست بآثر ، بل يجب أن يعين
قدرها بنسبة معينة من التركة لا تبلغ الثلث بحال - كما هو
رأى كثير من السلف فى الوصية المستحبة .

ثالثا : يستأنس - فى تحديد هذه النسبة - بما سبق
ذكره : من أن استحباب الوصية بما دون الثلث رأى كثير من

(١) شرح قانون الوصية للعالم الجليل الأستاذ أبو زهرة ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

السلف ، وبما ثبت عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قبل :
 « لو غرض الناس فى الوصية من الثلث الى الربع . لكان أحب
 الى - لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الثلث ،
 والثلث كثير » ، ويقول قتادة : « أوصى أبو بكر بالخمس ،
 وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب الى » ، وبما جاء فى
 بعض الروايات التى روى بها حديث سعد بن أبى وقاص ان
 رسول الله - صلوات الله وسلامه عليه - قال له : « أوص
 بال عشر ، فما زال يقول واقول : حتى قال : أوص بأثلث ،
 والثلث كثير : أو كبير » - كما يستأنس بما جاء فى مذهب
 الحنابلة من أنه يشترط فى استحباب الوصية للفقير القريب .
 غير الوارث - ألا تزيد على خمس المال - حتى لا يودى
 الورثة .

يستأنس بهذا كله فى تحديد قدر الوصية الواجبة -
 ولهذا نرجح أن يكون هذا القدر بنسب تختلف باختلاف
 التركة قلة وكثرة ، ولا بأس أن تنتهى هذه النسب بحد
 أقصى ، هو الخمس . وكل ما يحقق عدلا ، ويدفع ضرا ،
 ويحقق صلة وبراً - فهو مما تقره الشريعة - مادام لا يعارض
 نصا قطعيا فيما يدل عليه .

أما بعد فليعذرني القارئ . اذا عثر على ما لا يرضيه :
 فان الموضوع منشعب . وليس من السهل جمع شتاته ، وفيه
 كثير من الآراء والأقوال ، وقد اختلفت فيه وجهات النظر
 اختلافا كبيرا . وحسبى أنى بذلت فيه جهد المقل . ومن
 الله - سبحانه - أستمد العون والتوفيق - انه نعم المولى ،
 ونعم النصير .

الوصية بالمنافع

من تعريف الوصية - فى اصطلاح الفقهاء ، وفى
 القانون - تبين أن الوصية كما تصح بالأعيان - تصح

بالمنافع اذ التعليك أو التصرف المضاف الى ما بعد الموت
يشملهما •

وقد بينت الوصية بالمنافع : أنواعها وأحكامها فى كتب
المذاهب الفقهية المختلفة • وفصلها قانون الوصية المصرى
تفصيلا فى المواد من ٥٠ - الى ٦٣ •

وليس من قصدنا - هنا - أن نعرض لأنواعها وأحكامها
تفصيلا ، بل اننا سنقتصر على أهم مسألتها مما يعتبر أصولا
لفروعها ، وذلك لضيق المقام من جهة ، ولأن هذه الأمور
المهمة تعتبر أساسا لما يهمننا من المقارنة والموازنة والترجيح
من جهة أخرى (١) وهذه الأمور هى :

١ - ما المراد بالمنافع ؟

٢ - هل المنافع تعتبر كالأعيان أموالا متقومة ؟

٣ - حكم الوصية بالمنافع من حيث جوازها أو عدم
جوازها •

٤ - بم تقدر المنفعة اذا أوصى بها ؟

٥ - متى تسقط الوصية بالمنفعة ؟

٦ - حكم بيع العين الموصى بمنفعتها •

٧ - هل الذى يملك المنفعة بالوصية يملك الاستغلال ؟

وهل من يملك الاستغلال يملك الانتفاع بنفسه ؟

٨ - بعض ما عرض له القانون - من انواع الوصية
بالمنافع •

١ - المراد بالمنافع

يؤخذ من كتب الفقه الحنفى :- كالبر المختار ، ورد

(١) من أراد أن يستوعب انواع الوصية بالمنافع وأحكامها - فليرجع الى كتب الفقه ،
والى قانون الوصية ومذكرته التفسيرية ، والكتب الشارحة له

المختار (١) ، وتبيين الحقائق (٢) - ان علماء الحنفية يطلقون المنفعة - فى باب الوصية - على الخدمة وسكنى الدار وعلنها ، وعلى غلة الأرض والبستان وتمرتة .
 وفسروا الغلة بأنها كل ما يحصل من ريع الارض وكرايتها (٣) .
 وعرفها العالم الفقيه الشيخ أحمد إبراهيم فقال « المراد بالمنافع نمرات الاعيان المالية ، وما يستفاد منها بحسب ما هى مهياة له خلقا أو صنعا أو جعلاً ، سواء اكانت تلك التمرات اعيانا مادية متولدة من الأصل ، أم غير متولدة ، أم كانت أعراضاً قائمة بملك الأعيان : والتمرات المتولدة تشمل ثمار الاشجار على اختلاف أنواعها ، والمحصولات الزراعية ، وغير المتولدة تشمل الأجور التى تعطى فى مقابلة الانتفاع بملك الأعيان واستعمالها كاجرة الارض الزراعية والدور .
 والمراد بالاعراض الصفات اللازمة للأعيان التى تكون بها صالحة للانتفاع بها - كصلاحية الدواب للركوب والحمل ، والدور للسكنى » وهذا بيان جيد للمنافع ، وتفصيل حسن لها ، وتعريف جامع لأنواعها من الناحية الفقهية .

أما القانون فانه أتى بالمنافع على وجه أشمل وأوسع نطاقاً مما ذكر . فان مذكرته التفسيرية قالت : ان المراد بالمنافع ما يشمل المنافع المحضة للعين كسكنى الدار وزرع الأرض ، أو بدلها كاجرة الدار والأرض ، أو ما يخرج منها كثمرة البستان والشجر . وهى فى هذا متفقة مع التفسير الفقهى للمنافع الذى سبق ذكره ، ولكنها وسعت المعنى المراد بالمنافع فقالت : انها تشمل أيضاً الوصية بحقوق الارتفاق، وحق التعلی ، والوصية بأن تباع أرضه لشخص مسمى بضمن معين أو بالتأجير له كذلك ، أو بالاقراض ، أو بقسمة التركة على وجه معين ، كذلك تصح الوصية بمنافع العين كلها أو بعضها أو ببعض المنافع ، كما يصح أن يكون الموصى

(٢) ج ٥ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ .

(٣) ج ٦ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

(٤) الكراء : الاجرة .

مالكا للعين والمنفعة ، أو مالكا للمنفعة فقط - كالمستأجر
الذى يوصى بمنافع العين المستأجرة •

وهذه التوسعة من المذكرة الايضاحية فى تفسير المنافع
الموصى بها لا تضير غير أن فى بعض ما ذكرته من الأمثلة
ما يصح أن يعترض على اعتباره من المنافع •

٢ - هل المنافع تعتبر 'ألاعيان' أم 'ألا متقومة' ؟

اختلف أئمة الشريعة الاسلامية وفقهاؤها فى ذلك على
رأين :

الأول : - رأى فقهاء الحنفية • وهو أن المنافع ليست
أموالا متقومة بنفسها ، وانما تكون لها قيمة بالعقد وتصير
به مالا (١) •

وحجتهم فى ذلك أن المال عبارة عن احراز الشيء
وادخاره لوقت الحاجة وذلك لا يتحقق فى المنافع لأنها أعراض
لا تبقى زمانين بل تكسب آنا بعد آن ، وبعد الاكتساب تفنى
فلا يبقى لها وجود ، فلا يمكن احرازها - ولهذا يقال فلان
متمول اذا كان له مال موجود محرز مدخر ، ولا يقال له
متمول بالماكول والمشروب وبكل ما يستعمله - اذا لم يكن له
مال • ويؤيد ذلك أن المنافع لا تعتبر من الثلث فى حق
المريض • حتى جاز له اعادة جميع ماله ، ولو كانت المنافع
مالا ما جازت الا من الثلث • والغلاصة أن المنافع قبل
كسبها معدومة ، والمعدوم لا يطلق عليه اسم المال ، وبعد
كسبها لا يمكن احرازها ، وغير المحرز لا يعتبر مالا متقوما
- كالصيد فى الفلاة - غير أن المنافع - وان كانت فى ذاتها
وفى القياس لا تعتبر مالا متقوما - لما ذكر - تقوم بالمقود
كالاجارة وما يشبهها لورود النص وجريان العرف بذلك ،

(١) تبين الحقائق ج ٥ ص ١٢١ •

فقومت بهذا النوع من العقود استحسانا وعلى خلاف القياس،
فيقتصر فيه على مورد النص ، وما جرى فيه العرف المعتبر
شرعا .

والمنافع وإن لم تعتبر مالا عند الحنفية - تعتبر ملحا ،
ولهذا جرت عليها التصرفات الشرعية التي ايجزت استحسانا
- قال في التلويح (١) : « والتحقق ان المنفعة ملك لا مال -
لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ،
والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة ، والعين
تقوم مقام المنفعة عند العقد عليها (٢) » .

الرأى الثانى : رأى الشافعية والمالكية (٣) ، وهو أن
المنافع اموال متقومة مضمونة كالأعيان . وقد استدلوا
على ذلك بعدة أدلة منها :

أولا : أن المال اسم لما تميل اليه النفس ، مخلوق
لمصالحنا ، والمنافع بهذه الصفة .

ثانيا : أن الشرع الاسلامى اعتبر المنافع اموالا لأنها
صالحة فى نظره أن تكون صداقا للمرأة فى الزواج ، ولم
يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ، وذلك لقوله تعالى :
« وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير
مسافحين » ، وقد اتفق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة
مهرًا ، وهذا دليل على اعتبارها مالا . فمن لم يعتبرها منهم
مالا كان متناقضا .

ثالثا : أن الأعيان انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها،
وما لا ينتفع به فليس بمال - فاذا كانت الأعيان لا تصير
مالا الا باعتبارها - فكيف تفقد المنافع ماليتها ؟ وهى متقومة

(١) كتاب فى أصول الفقه .

(٢) راجع الزيلعى ج ٥ اول كتاب الاجارة .

(٣) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للأستاذ العالم محمد أبو زهرة ص ٤٨
وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٣٤ .

بنفسها لأن تقوم عبارة عن العزة ، وهى عريزة بنفسها
عند الناس ، ولهذا يبدلون الأعيان لأجلها ، بل تقوم الاعيان
باعتبارها ، فيستحيل ألا تكون هى متقومة (١) .

رابعا : أن العقد يرد عليها وتصير مضمونه به ،
وضمامها أية كونها مالا بالعقد عليها ، ولو لم تكن أموالا
فى ذاتها ما قلبها العقد مالا - لأن العقود لا تصب حقائق
الاشياء ، بل تقرر خصائصها .

وقد حاول الحنفية الرد على بعض هذه الحجج القوية -
فقالوا لا نسلم بأن المنفعة مال متقوم لأن المال عبارة عن
احراز الشئ وادخاره ، وذلك لا يتحقق فيها ، وجوازها
مهما باتفاقهما لأنها تصير مالا بالتراضى ، والقول بأن المال
مخلوق لمصالحنا - مسلم به ، لكن بصفة الاحراز سمي مالا ،
والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها (٢) .

وبالموازنة بين أدلة الفريقين يتضح قوة الرأى الثانى
وأرجحيته . وعلى فرض التسليم بما قاله علماء الحنفية فى
حقيقة المال من أنه لا بد من امكان ادخاره واحرازه - لا يمكن
التسليم ولا الاقتناع بأن المنافع غير متقومة : فان المشاهد
انها متقومة فى معاملات الناس واعتبارهم . وتحقيق العدل
ودرء الظلم عن الناس يقتضى القول بذلك - يضاف الى هذا
اعتبار الشارع اياها مالا فى الصداق وغيره .

ولما قلناه فى هذا الترجيح - اضطرر متأخرو علماء
الحنفية الى الفتوى بقول الشافعى ، وهو اعتبار المنافع
أموالا متقومة مضمونة وان لم يرد عقد عليها - فى ثلاثة
أشياء (٣) :

(١) تبين المفاق ج ٥ ص ٢٣٤ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٥ ص ٢٣٤ .

الأول : الممد للاستغلال (١) • الثاني : الأوقاف •
الثالث : أموال اليتامى •

فاذا اغتصبت هذه الأشياء كان على الغاصب ضمان
منافعها على رأى المتأخرين من فقهاء الحنفية ، وسبب
استثنائها من أصل مذهبهم أن الوقف يفتى فيه بما هو انفع
له ، ومال اليتيم ملحق بالوقف فى ذلك ، بل هو أولى • أما
الممد للاستغلال فالظاهر أن الاقدام على الانقاع به قرينة
على الرضا بدفع أجرته (٢) ، ولأن المنفعة فى الممد للاستغلال
مقصودة من المالك لذاتها - فاذا فوتها عليه الغاصب
ضمنها (٣) •

والخلاف بين الشافعى والحنفية فى اعتبار المنافع
أموالا ، أو عدم اعتبارها كذلك خلاف جوهرى ترتب عليه
اختلافهم فى فروع كثيرة فى مختلف أبواب الفقه - ترى
ذلك فى بعض مسائل الاجارة والاعارة والوصية والغصب (٤)
وقد عرفت الرأى الذى نرجحه ونختاره •

٣ - حكم الوصية بالمنافع من حيث جوازها أو عدم جوازها

اتفق الفقهاء على جواز الوصية بالرقاب • واختلفوا
فى المنافع : فقال ابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأهل

(١) الممد للاستغلال هو ما اشترى أو بنى للاستغلال أو توالى اجارته ثلاث سنين
أو أكثر - المعاملات الشرعية المالية للفقهاء الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٧٣ •

(٢) هامش كتاب المعاملات الشرعية المالية للعالم الفقيه الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٦٢ •

(٣) باستثناء متأخرى الحنفية هذه الأعياء الثلاثة - قروا فعلا بعض التقريب بين مذاهبهم
ومذهب الشافعى الذى هو أولى بالقبول والترجيح - لقوة أدلته •

(٤) فمن ذلك اختلافهم فى الوصى له يسكنى الدار : هل يملك تأجيرها ؟ - قال =

الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة • والى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر (١) وعمدتهم فى ذلك ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لأنها تابعة للعين ملازمة لها ، والعين قد انتقلت الى ملكه بوفاة الموصى لأن الميت لا ملك له ، فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره • وفى ملكية الموصى له للمنفعة جبرا عن الوارث تجريد للمالك عن ثمرات ملكه ، وذلك لا يجوز •

وقال جمهور فقهاء الأمصار – ومنهم الأئمة الأربعة : ان الوصية بالمنافع جائزة ، وذلك لأنها فى معنى الأموال ، فتصح الوصية بها كالأعيان ، وهذا واضح على رأى من يقول : ان المنافع تعتبر أموالا متقومة •

أما على رأى الحنفية – القائل : بأنها لا تعتبر مالا – فذلك لأن المنافع يصح تملكها فى حالة الحياة ببدل ويكون اجارة وبغير بدل ويكون اعارة فكذا بعد الممات بالوصية – كما فى الأعيان ، ويكون الأصل الموصى بمنفعته محبوسا على

= الشافعى يملك ذلك لأن السكنى منفعة ، وهى مال عنده ، فيجوز أن يعرضها بمال من طريق الاجارة ، وقال الحنفية ليس له أن يؤجر الدار لأن المنفعة ليست بمال – على أصلهم – وقد ملكها بغير عوض ، فلا يجوز تأجيرها والا كان مملكا أكثر مما ملكه • وانما جاز للمالك أن يؤجر ببدل لأنه ملك المنفعة تبعا لملك العين • وجاز للمستأجر أن يؤجر مع أنه لا يملك الا المنفعة لأنه لا ملكها بمقد معاوضة كانت مالا – بخلاف ملكها بمقد تبرع كما فى الوصية بالمنفعة – راجع الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٤٥٨ •

ومنه اختلافهم فى منافع المصنوب : فالشافعى يقول انها مضمونة : فاذا ركب الفاصب الدابة أو سكن الدار المصنوبة فإن عليه أجر المثل لأن المنفعة مال – تملك وتقوم بالمقود – كما تملك الأعيان وتقوم بها ، وليست الاجارة الا ييما للمنافع ، واذا ثبت أنها متقومة وجب أن تضمن بالفسب كما تضمن الأعيان – فيلزم الفاصب بتأدية أجر المثل • والحنفية يقولون : منافع الفصب غير مضمونة لأنها ليست بأموال عندهم ، ولأنه لا يتصور فيها غصب لأنها أعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها ، ولأن المنافع حدثت بفعل الفاصب وكسبه ، والكسب للكاسب لا لغيره • ولضعف هذه الحجج أتى المتأخرون من الحنفية بقول الشافعى « ان منافع الفصب مضمونة » – فى الأشياء الثلاثة التى ذكرت فى الأصل •

(١) الجزء الثانى من بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ص ٢٨٨ طبعة مسنة

١٣٣٩ هـ •

ملك الميت فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه .
ولأن الحاجة قاضية بجواز الوصية بها اذ الموصى محتاج الى
التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه ، وكذا الموصى له محتاج
الى سد حاجته بأى شىء - عينا كان أو منفعة .

وما دامت الوصية بالمنفعة لا تتجاوز الثلث - فلا ضرر
على الورثة من القول بجوازها . ولهذا كان رأى الجمهور
أولى بالترجيح والقبول ، وبه أخذ المانون .

٤ - بم تقدر المنفعة الموصى بها ؟

الوصية بالمنفعة سواء اكانت بالسدى ام بالغلة ، ام
بغيرهما كالوصية بالعين - يشترط لنفساها عند وجود
الورثة أن تخرج من ثلث التركة . فان زادت توقفت فى
الزائد على اجازتهم . فان لم يجيزوا لم يستحق الموصى له من
الوصية الا بقدر ما يخرج من ثلث جميع المال (١) . ولكن
كيف تقدر المنفعة ؟

أولا : فى المذهب الحنفى :

يرى أبو حنيفة وأصحابه ومن تابعهم من الفقهاء أنه فى
تقدير المنفعة ينظر الى الأعيان التى أوصى بمنفعتها - أيا
كانت المدة - فان كانت رقابها تخرج من الثلث جازت
ونفذت ، واو لم تخرج من الثلث نفذ منها بقدر الثلث فقط ،
وتوقف الزائد على اجازة الورثة ، ولا تعتبر عندهم قيمة
السكنى ، والغلة والثمرة ، والخدمة ، وذلك لأن المقصود
من الأعيان منافعها - فاذا صارت المنافع مستحقة ، وبقيت
العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التى لا منفعة
لها - فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها (٢) .

(١) فاذا كان المنزل الموصى يسكنه نصف التركة - استحق الموصى له ثلثيه ، والورثة
ثلثه لأن ثلثى المنزل ثلث التركة - فتتخذ الوصية فى ثلثيه .

(٢) رد المحتار على الدر المختار للسلامة ابن عابدين ج ٥ ص ٥٧ ؛ .

وبهذا تصير الوصية بالمتافع من حيث التقدير كالوصية بالأعيان (١) .

ثانيا : المذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي :

تدل المذكرة التفسيرية - عند بيانها للمادة ٦٢ - على أنه يؤخذ من المذهب الشافعي أن الوصية بالمنفعة تقدر بقيمة المنفعة الموصى بها في مدة الوصية - لأنها هي الموصى بها .

أما المذهب الحنبلي فإنه يؤخذ منه أن الوصية بالمنفعة ان كانت مقيدة بمدة معلومة - قدرت بقيمة المنفعة نفسها في تلك المدة قولاً واحداً - وان كانت مطلقة في الزمان كله ففيها قولان في المذهب : أحدهما - كما في المذهب الحنفي - تقوم الرقبة بمنفعتها ويعتبر خروجها من الثلث على هذا الأساس - وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له - قال صاحب المغنى (٢) - في فقه الحنابلة :

« إذا ثبت هذا - فمتى أريد تقويمها - فان كانت الوصية مقيدة بمدة - قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ، ثم تقوم المنفعة في تلك المدة ، فينظر كم قيمتها ؟ - وان كانت الوصية مطلقة في الزمان كله : فقد

(١) هذا هو المعروف في المذهب الحنفي ، ولكن العالم الفقيه الأستاذ الشيخ زيد في الجزء الثاني من كتابه : شرح الأحوال الشخصية ص ٣١٠ - ذكر أن ابن عابدين استظهر أن في المسألة روايتين : أحدهما ما ذكرناه في الأصل - والثانية أنه ينظر الى المنفعة الموصى بها : لتقوم المنفعة ، وينظر الى النسبة بين هذه القيمة وأموال الموصى - وبناء على هذه الرواية : اذا وصى شخص لغيره بسكنى منزل مدة ثلاث سنين وليس له غيره ولم تجز الورثة - قومنا بسكنى المنزل في هذه المدة ونسبنا هذه القيمة الى أموال الموصى فان كانت تخرج من ثلثها سلمنا المنزل جميعه للموصى له للانتفاع بسكناء هذه المدة - فاذا فرض أنه يستأجر فيها بثلاثمائة وستين جنيها وكانت قيمة المنزل ألفا وخمسمائة - سلمناه جميعه الى الموصى له لينتفع به مدة الوصية - بخلاف الرواية الأولى فإنه لا حق له الا في ثلث المنزل - ووجه هذه الرواية أن الموصى به المنفعة لا نفس المنزل ، والنظر انما يكون للموصى به لا لغيره - والرواية الأولى هي المتداولة في أكثر الكتب - وانظر ماذا تصنع على الرواية الثانية اذا كانت الوصية بالسكنى أو بالقلعة طول حياة الموصى له « انتهى كلام الأستاذ الشيخ زيد مع شيء يسير من التصرف » .

(٢) الجزء السادس ص ٤٧٨ مع شيء من التغير الذي لا يغير المعنى المقصود .

قيل تقوم الرقبة بمنفعتها جميعا ويعتبر خروجها من
الثالث - لأن عبدا لا منفعة له ، وشجرا لا ثمر له - لا قيمة له
غالبا - وقيل : تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى
له . وصفة ذلك أن يقوم الموصى به بمنفعته ، فإذا قيل
قيمتة مائة - قيل : كم قيمته لا منفعة فيه ؟ فإذا قيل عشرة -
علمنا أن قيمة المنفعة تسعون » -

ثالثا : ما أخذ به القانون :

قضى القانون فى المادة ٦٢ - بأن الوصية بكل منافع
العين أو بعضها - ان كانت مؤبدة ، أو مطلقة أو لمدة حياة
الموصى له ، أو لمدة تزيد على عشر سنين - فانها تقدر بقيمة
العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها ، وذلك لأن أمل الورثة
فى الانتفاع بها بأنفسهم بعيد التحقق - فتعتبر قيمة العين -
كان الوصية وقعت بها . ومن الواضح أن هذا مأخوذ من
مذهب الحنفية الذى سبق ذكره (١) كما أنه يصح أن يكون
مأخوذا فى أكثر ما اشتمل عليه - من أحد القولين فى المذهب
الحنبلية .

أما اذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين - فانها
تقدر بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة ، والتعليل
لا يخفى عليك - كما لا يخفى أن هذا مأخوذ من مذهب
الشافعية (٢) ويصح أن يكون مقتبسا من المذهب الحنبلى الذى
سبق بيانه . وتحديد المدة القصيرة من المدة الطويلة بعشر
سنين اجتهاد من اللجنة التى أعدت القانون .

٥ - متى تنتهى الوصية بالمنفعة ، ومتى تسقط ؟

الوصية بالمنفعة - ان كانت لعين - وكانت مؤقتة بمدة
معلومة - تنتهى بانتهاء تلك المدة . وان كانت مطلقة أو

(١) للذكره الفسرة - المادة ٦٢ .

(٢) المصدر السابق .

مؤبدة ، أو مدة حياته - انتهت بموته ، وان كانت لمحصورين
ولاكثر من طبقتين تنتهى بانقراض الطبقة الثانية - كما
قضت بذلك المادة ٢٩ من القانون (١) . وان كانت غير
محصورين ممن لا يظن انقطاعهم كالفقراء أو لجهة من جهات
البر كالمدرسة والمسجد ، وكانت مؤبدة أو مطلقة - صارت
الوصية وقفا واستحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأييد .
وان كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين -
يظن انقطاعهم - استحق الموصى لهم المنفعة الى انقراضهم
(راجع المادة ٥٢) من القانون ومذكرتها التفسيرية .

وتبطل الوصية بالمنفعة قبل تمامها - وتسقط بعد
تقررها - كما قضت بذلك المادة ٥٩ - بما يأتى :

أولا : اذا مضت المدة المعينة للانتفاع قبل موت الموصى
أو مات الموصى له المعين واجدا كان أو أكثر قبل بدء المدة .
وان مات فى أثناءها بطلت فى باقىها ، وتعليل ذلك واضح .

ثانيا : اذا أسقط الموصى له حقه فى المنفعة لورثة
الموصى - بعوض أو بغير عوض . أما إسقاطه بعوض فهو
من قبيل المصالحة على تركه نظير مال ، وذلك جائز بمقتضى
أحكام القانون .

وأما إسقاطه المنفعة بغير عوض - فهو من قبيل إبراء
الورثة منها ، وذلك أيضا جائز لأنه يملكه .

ثالثا : اذا استحققت العين الموصى بمنفعتها ، أو اشتراها
الموصى له - علم بالوصية أو لم يعلم - وإذا استحققت أو
اشتريت فى أثناء مدة الانتفاع بطلت فى الباقي .

(١) قيد الانتفاع يطبق على برلى اجنهادى من اللجنة التى أعدت القانون لأنها لو اجتمعت
فى الطبقات بدون تقييد وقد تتكاثر الذرية - قلت الأنصبة وجرى التنازع بينهم - راجع شرح
قانون الوصية للأستاذ الجليل أبو زهرة ص ١٥٢ - ١٧٠ .

وبطلانها بالاستحقاق لأنه تبين أن العين الموصى بمنفعتها لم تكن مملوكة للموصى . وتبطل كذلك بالشراء لأن الموصى له - بشرائها - أصبح مالكا للعين والمنفعة معا - فلا وجود للوصية . وقالت المذكرة التفسيرية ان ما قررته المادة ٥٩ من أحكام مأخوذة من مذهب الحنفية .

٦ - بيع العين الموصى بمنفعتها

إذا باع ورثة الموصى ، أو الموصى له بالرقبة - دون المنفعة - العين الموصى بمنفعتها لغير (١) الموصى له - ففى المذهب الحنبلى ، والمذاهب الأخرى عدا المذهب الحنفى - يعتبر هذا البيع صحيحا نافذا (٢) . ومتى كان لغير الموصى له بالمنفعة فإن العين تنتقل الى ملك المشتري بجميع حقوقها عدا حق الموصى له ، فإنه يبقى ويستوفيه على ملك المشتري ، ويكون ذلك البيع جائزا بغير حاجة الى اجازة الموصى له (٣) .

وخجة هذا الرأى قوية وواضحة - لأن الحكم الذى قضى به لا ضرر فيه على مالك الرقبة ، ولا على الموصى له ، وبه أيضا رعاية حق الأول باباحة التصرف له فى ملكه بالبيع ، ودفع الحرج عنه - الناجم عن بقاء العين فى ملكه بدون انتفاع بها ، ولا بثمنها . كما أن به رعاية حق الثانى ببقاء الانتفاع له بالعين الموصى بها على ملك المشتري الى أن تنتهى الوصية .

ولقوته ووضوحه ورعايته مصالح الجانبين - قضت به المادة ٦٠ من القانون ، ونصها :

(١) أما اذا بيعت للموصى له بالمنفعة فإن الوصية تسقط على ما سبق بيانه فى المادة ٥٩ ويتم البيع وينفذ .

(٢) شرح قانون الوصية للعالم الأستاذ أبو زهرة ص ١٦٤ ، ١٦٦ والمذكرة التفسيرية للقانون - المادة ٦٠ .

(٣) المادة ٦٠ مع المذكرة التفسيرية .

« يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم (١) فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة الى اجازة الموصى له » .

المذهب الحنفى :

أما المذهب الحنفى : فالقاعدة المشهورة فيه هى ان المبيع اذا تعلق به حق الغير - فان بيعه يكون موقوفا على اجارة من له هذا الحق : فاذا باع الموصى له بالرقبة ، أو الورثة العين الموصى بمنفعتها لغير الموصى له بالمنفعة - فان هذا البيع لا ينفذ - عند الحنفية - بالنسبة للموصى له بالمنفعة الا باجازه ، فان أجازه سقط حقه فى الوصية ، وبطلت لأن اجازته للبيع تكون ابطالا لحقه فى المنفعة ، ويسلم الثمن كله لصاحب الرقبة ، أو للورثة . وان لم يجزه لم ينفذ البيع واستمر حقه فى الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها ، حتى ينتهى أجل الانتفاع بالوصية . وهذا هو الذى يستفاد مما جاء فى المبسوط (٢) فى هذا الشأن - قال :

« ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ، ولآخر برقيبتها وهى تخرج من الثلث - فباعها صاحب الرقبة ، وسلم صاحب الغلة البيع - جاز ، وبطلت وصيته ، ولا حق له فى الثمن - لأن الملك لصاحب الرقبة ، وحق صاحب الغلة فى المنفعة - فاجازته البيع تكون ابطالا لحقه فى المنفعة ، ويسلم الثمن لصاحب الرقبة - كما لو باع الآخر العين المستأجرة ، ورضى به المستأجر » .

وبناء على هذا - لا ينفذ البيع - عند الحنفية - الا باجازه الموصى له بالمنفعة لتعلق حقه بالعين وهو حق الانتفاع - فلو

(١) التعبير فى المادة بكلمة « نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها » ليس بدقيق ولا واضح - لأنه قد يوهم أن المراد بيع الورثة نصيبهم فى العين - مما لم يدخل فى الوصية .
والذكر التفسيرية قد نفت هذا الإيهام لأنها قالت : حق الورثة فى بيع العين الموصى بمنفعتها كلها أو بعضها - للموصى له أو لغيره - مذهب أبى يوسف ، وموافق للمذهب الأخرى .. الخ .
(٢) ج ٢٨ .

نفذنا البيع أبطلنا حق الموصى له ، وذلك لا يجوز • وقد
يُضاف الى هذه الحجة ما ذكره علماء الحنفية من أن العين
الموصى بمنفعتها تعتبر محبوسة على حكم ملك المتوفى في حق
المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه - فلا ينعد بيعها
الا اذا انتهت مدة الانتفاع ، أو اسقط الموصى له حقه في
الانتفاع باجازه البيع •

بقى أن يقال : هل للموصى له - في المذهب الحنفى -
عند عدم اجازته أن ينقض البيع ويفسخه أم لا ؟ - لم أر
في ذلك نصا صريحا في باب الوصية (١) • وستعرف تخريج
ذلك فيما بعد •

نقد رأى الحنفية :

يعترض على رأيهم من وجوه :

الوجه الأول : - أنه يترتب على رأيهم الحرج والضرر
الذى يلحق الورثة أو مالك الرقبة اذا لم ينفذ البيع الا باجازة
الموصى له : فان مدة الوصية قد تكون طويلة ، وقد تكون مدى
الحياة ، وتظل الرقبة بالنسبة للمالكها معطلة ، لا ينتفع بها
ولا بثمنها • ومن القواعد الشرعية : « مراعاة اليسر ورفع
الحرج » و « الضرر يزال » • ورفع الحرج وأزالة الضرر
تكون بانفاذ البيع من غير توقف على الاجازة ، ومع المحافظة
على حق الموصى له ، فيبقى ويستوفيه على ملك المشتري - كما
قضى بذلك القانون ، وبعض المذاهب الفقهية الأخرى •

الثانى : - أنه مع التسليم بأن حق الموصى له بالمنفعة -
متعلق بالعين المبيعة - لا نسلم بأن هذا يمنع من نفاذ بيعها -
لأنه من الممكن أن يستمر حقه فى المنفعة بعد البيع - وان
كانت ملكية الرقبة قد انتقلت الى مالك جديد • وبناء على

(٢) والمقصود عليه - فى مبحث الوصية - فما قرأته من كتبهم - انما هو بيع
الورثة ما بطلت فيه الوصية لزيادته على الثلث - كما اذا أوصى بسكنى دار ولا مال له
غيرها • وقد بينا رأى الحنفية فى ذلك وخلاف أبى يوسف فيه - وذلك فى مبحث حكم
الوصية •

ذلك فحقه لا يتأثر بالبيع - فلا موجب لتوقف نماذه . وما
دعنا قد حافظنا على حق الموصى له فلا شأن له بعقد بيع صدر
من مالك العين لمن قبل شرائها مع علمه بتعلق حق الموصى له
بها حتى ينتهى أمد الوصية . أما اذا لم يعلم المشتري
بالوصية وقت الشراء - فانه يجب ان يكون بالخيار عند
علمه بها : ان شاء نقض البيع بهذا العيب ، وان شاء
امضاه .

واذا تمسك الحنفية بأصلهم الذى يقضى ببقاء العين على
حكم ملك المتوفى فى حق المنفعة - قلنا لهم : نحن لا نسلم
بهذا الأصل - لأنه لا دليل عليه .

الوجه الثالث : - ربطهم بين اجازة الموصى له للبيع ،
وبين سقوط حقه فى الوصية . وهذا الترابط الذى اعطوه
حكم التلازم - غير مسلم به - لأنه قد يرضى بالبيع مع
استمرار حقه فى المنفعة على ملك المشتري . والرضا بالبيع
لا يستلزم اسقاط هذا الحق الا اذا كان مصحوبا بدلائل
أخرى تدل على تنازله عنه .

الوجه الرابع : - أن قول الحنفية فى بيع الرقبة الموصى
بمنفعتها - ليس واضحا كل الوضوح - كما يعرف ذلك
بالرجوع الى عبارة المبسوط التى سبق ايرادها .

واذا جاز لنا أن نوضحه ، ونخرج فيه بعض التخريج -
وجب أن نرجع الى رأيهم فى مسألة أخرى مذكورة فى مبحث
الاجارة :

وهى بيع العين المستأجرة لغير المستأجر : فان هذه
تماثل ما نحن فيه : وهو بيع العين الموصى بمنفعتها لغير
الموصى له .

وخلاصة رأيهم فى المسألة الأولى « بيع العين المستأجرة »
أنه على حسب رواية الطحاوى عن أبى حنيفة ومحمد - يكون
للمستأجر نقض البيع ، فاذا نقضه فانه لا يعود . وعلى
حسب ما ذكر فى ظاهر الرواية : لو أجاز المستأجر البيع

جاز ، وبطلت الاجارة فيما بقى من المدة ، ولو فسخه فانه لا يفسخ بين البائع والمشتري - حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري أن يأخذ المبيع .

كذلك روى عن أبي يوسف أنه قال : ليس للمستأجر نقض البيع ، والاجارة فيها كالعيب : فان كان المشتري عالما - وقت الشراء - بالاجارة - فليس له أن يطالب البائع بتسليم المبيع الى أن يمضى وقت الاجارة ، وان لم يكن عالما - وقت الشراء فهو بالخيار : ان شاء نقضه بالعيب ، وان شاء أمضاه ، ونقل أيضا أن ما يرويه محمد من قول أبي حنيفة : هو أنه ليس للمستأجر نقض البيع ، ولكنه ان أجازه كان في ذلك ابطال ما بقى من اجارته (١) .

(١) ولأهمية ما ذكر في المذهب الحنفي من آراء في حكم بيع العين المستأجرة - نذكر - فيما يأتي - خلاصة ما ورد في حاشية الامام الشافعي على الزيلعي - في هذا الشأن الجزء الخامس ص ١٤٥ ، ١٤٦ .

قال في مختصر الطحاوي : من أجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدة : فان أبا حنيفة ومحمدا قالا : للمستأجر منع المشتري ونقض البيع عليه فيها لأنه تعلق بها حقه ، وهو حق الانتفاع ، فلو فذلنا البيع أبطنا حق المستأجر ، وذلك لا يجوز . فان نقض المستأجر البيع كان منتقضا ولم يعد بعد ذلك : وان لم ينقضه حتى فرغت الدار من الاجارة - تم البيع فيها ، وهو قول أبي يوسف في القديم ، وروى عنه أصحاب الإملاء أنه قال : لا سبيل للمستأجر الى نقض البيع فيها . والاجارة فيها كالعيب ، فان كان المشتري عالما بها فقد برأ منه وللمشتري قبض الدار بعد انقضاء الاجارة ، وان لم يكن المشتري عالما بالاجارة وقت البيع كان بالخيار ان شاء : نقض البيع بالعيب الذي وجده بها ، وان شاء أمضاه ، والذي يرويه محمد من قول أبي حنيفة أنه ليس للمستأجر نقض البيع ، لكنه ان أجاز البيع كان في ذلك ابطال ما بقى من اجارته . والقول الاول انما رواه من قول أبي حنيفة غيره . انتهى من الطحاوي في مختصره .

وقال الامام الاسيبجاني في شرح الطحاوي : من أجر داره ، ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة - فان البيع جائز فيما بين البائع والمشتري حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازما للمشتري الا اذا طالب المشتري البائع قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يمكنه من ذلك وفسخ العقد فيما بينهما فانه لا يعود جائزا بمضى المدة ، اما المستأجر . فانه لو أجاز البيع جاز وبطلت الاجارة فيما بقى من المدة ، ولو فسخ فانه لا يفسخ البيع بينها ، حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري أن يأخذ المبيع - هذا في ظاهر الرواية .

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أن للمستأجر نقض البيع ، فاذا نقضه فانه لا يعود .

وروى عن أبي يوسف أنه قال : ليس للمستأجر نقض البيع . والاجارة فيها كالعيب : فان كان المشتري عالما - وقت الشراء - بالاجارة - فليس له أن يطالب البائع بتسليم الدار الى أن يمضى وقت الاجارة ، وان لم يكن عالما - وقت الشراء - فهو بالخيار : ان شاء نقضه بالعيب ، وان شاء أمضاه .

ويتلخص من هذا أن قول أبى يوسف فى رواية عنه •
وقول أبى حنيفة - فيما يرويه عنه محمد - يقرر أن
المستأجر ليس له نقض البيع ، وأن للمشتري ، قبض العين
بعد انقضاء الاجارة فيها •

وحينئذ يتضح أن المذهب الحنفى ليس متفقا على رأى
واحد فى حكم بيع المالك العين المستأجرة فى أثناء مدة
الاجارة •

فإذا كان لنا حق التحرير والتخريج - كان لنا أن نقول :
ان بيع العين الموصى بمنفعتها يجرى فيه هذا الخلاف الذى
جرى فى بيع العين المستأجرة كما نقول أن هناك من الاراء
فى المذهب الحنفى ما يمكن أن يتفق - ولو فى الاساس مع
ما ذهب اليه المذاهب الفقهية الأخرى ، وما ذهب اليه المادة
٦٠ من قانون الوصية •

٧ - طريق الانتفاع فى الوصية بالمنفعة

للانتفاع طريقان (١) : أحدهما : الاستغلال وذلك
بأن يؤجر مالك المنفعة العين التى ملك منفعتها لغيره فى
مقابلة أجرة - يأخذها منه لنفسه •

وثانيهما : أن يستوفى هو المنافع بنفسه •

فإذا أوصى شخص لآخر بمنفعة عين من الأعيان : من
سكنى دار ، أو غلتها ، أو خدمة ، أو غلة أرض أو بستان ،
أو غير ذلك - فهل يملك الموصى له الانتفاع بنفسه والاستغلال
معا - أم يملك أحدهما دون الآخر ؟

وفى الاجابة عن ذلك نذكر أهم المذاهب الفقهية فيه
ثم نقضى على اثرها - بما ذهب اليه القانون :

(١) المعاملات الشرعية المالية للعالم الفقيه الشيخ أحمد ابراهيم ص ١٣ •

أولا : المذهب الحنفى :

إذا أوصى لشخص بسكنى دار أو غلتها - فلذلك خمس حالات عندهم :

الأولى : أن ينص الموصى على أن للموصى له الانتفاع بنفسه « أى بأن يسكنها بنفسه » ، وإن يستغلها * وفى هذه الحالة : للموصى له الانتفاع والاستغلال - تبعاً لما نص عليه الموصى * .

الثانية : أن ينص على الانتفاع بنفسه ، وينهى عن الاستغلال ، أو ينص على الاستغلال ، وينهى عن الانتفاع بنفسه ، وفى هذه أيضاً يتقيد الموصى له بما قيده به الموصى - مراعاة لإرادة من استفاد منه الملكية * .

الثالثة : أن يملك الانتفاع بنفسه : (سكنى الدار) ويستكت عن الاستغلال وفى هذه اتفق علماء الحنفية على أن الموصى له يملك السكنى فقط دون الاستغلال ، فليس له أن يؤجر الدار ويأخذ أجرتها * . واستدلوا على ذلك بدليلين : أحدهما : أن الموصى له يملك المنفعة بعد موت الوصى - بغير عوض ، فلا يملك تملكها من غيره بعوض - كالمستعير ، فإنه لا يملك الاجارة لأنها تملك بعوض - فكذلك الوصية * . وتحقيق هذا الدليل أن التملك ببذل لازم ، وبغيره ليس لازماً ، ولا يملك الأقوى بالأضعف ، ولا الأكثر بالأقل ، والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره ، وقد انقطع رجوع الموصى بموته لعدم إمكانه * . وهذا لا ينفى أن الوصية فى وضعها غير لازمة * . والدليل الآخر : هو أن المنفعة ليست بمال على أصل الحنفية * . وفى تملكها بالمال أحداث لصفة المالية فيها - تحقيقاً للمساواة فى عقد المعاوضة - وهذه الولاية لا تثبت للموصى له لأنها إنما تثبت لمن يملكها تبعاً للملك الرقبة ، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملوكاً لها بالصفة التى تملكها * . أما إذا تملكها

مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه ، وهذا لا يجوز لأنه لا يملك الأقوى بالأضعف (١) .

وفى كل من الدليلين ضعافة ووهن : فالدليل الأول مبنى على قياس الوصية بالمنفعة على الاعارة مع وجود الفارق بينهما : ففي الوصية حق الموصى له بالمنفعة خالص لا يشوبه حق لغيره - ما دامت الوصية قائمة - اذ أن الوصية تمت وصارت لازمة بقبول الموصى له وموت الموصى من غير رجوع عنها . ولا كذلك الاعارة ، فان حق المعير فى استرداد عاريته ثابت لا ينقطع . والدليل الثانى مبنى على أن المنافع ليست بمال - بناء على أصل الحنفية - ، وذلك موضع اختلاف بين العلماء . وقد رجحنا - فيما سبق - اعتبار كونها أموالا متقومة مضمونة كالأعيان .

الحالة الرابعة : أن ينص على الاستغلال - ولا يتمرض لذكر الانتفاع بنفسه - كما اذا أوصى له بغلة الدار ، وسكت عن السكنى . ثم أراد الموصى له أن يسكن بنفسه . وهذه الحالة لم يرو فيها شيء عن المتقدمين من علماء الحنفية . واختلف المتأخرون فيها على قولين : أحدهما قول أبى بكر الاسكاف ومن وافقه : أن له ذلك . ورجح هذا القول العلامة الشرنبلالى فى رسالة له خلاصتها أنه لا خلاف فى أنه لا يملك الاستغلال مستحق السكنى ، واختلف فى عكسه . والراجح الجواز (٢) . وحجة هذا القول : أن قيمة المنافع كمينها فى تحصيل المقصود ، ولأن غيره يسكن لأجله ، فإذا سكن بنفسه جاز أيضا . وهذا واضح .

والقول الثانى : ليس للموصى له بالغلة أن يسكن الدار ، وهو قول أبى القاسم وأبى بكر بن سميد . وقد ذكروا أن هذا القول هو الأصح فى المذهب الحنفى ، وعليه

(١) الناية وشرح الهداية ج ٨ ص ٤٨١ و ٤٨٢ وحاشية القلى على الزيلعى ج ٦ ص ٢٠٣ .

(٢) ذك المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٥٨ .

الفتوى - وحجته ان الغلة دراهم ودنانير مثلاً ، وقد وجبت الوصية بها ، والسكنى استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة : فانه لو ظهر دين على الموصى يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه بغد استغلالها ، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها (١) . وفي هذه الحجة تكلف ، فانهم ينوها على احتمال بعيد .

الحالة الخامسة : أن يطلق : فلا ينص على استغلال ، ولا على انتفاع بنفسه . وقد قالوا انه ينصرف للاستغلال بناء على القاعدة الأصولية المشهورة ، وهو أن المطلق ينصرف الى الفرد الكامل . والاستغلال أكمل من الانتفاع بنفسه لأنه أوسع نطاقاً في التصرفات - فيكون فيها رأيان : أحدهما أنه يملك الاستغلال ، والانتفاع بنفسه . والآخر أنه يملك الاستغلال فقط (٢) . وفي بعض النصوص الفقهية : يكون له الاستغلال - لا السكنى .

ثانياً - المذهب الشافعى والحنبلى :

المنتفع - بسبب الوقف والوصية - فى هذين المذهبين - يملك المنتفع الا اذا نص على أن المنتفع له حق الانتفاع فقط ، أو دلت قرائن الأحوال على ذلك - كالانتفاع بالخانات والمصحات والمدارس الموقوفة - فان المنتفع فى مثل هذه الأشياء لا يملك الا حيق الانتفاع .

أما فى غير ذلك فانه يملك المنتفع ، ومتى ملكها كان له حق الاستغلال وحق الانتفاع بنفسه ، سواء أكان الوقف أو الوصية للسكنى فقط أم للاستغلال ، أم لهما معا .

وبناء على ذلك رأى بعض أئمة الشريعة ، ومنهم الشافعى

(١) المصدر السابق ، والعناية وشرح الهداية ج ٨ ص ٤٨١ .

(٢) كتاب المعاملات الفرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم ص ١٤ . وراجع رد المحتار فى الوقف .

وأحمد بن حنبل (١) أن من ملك المنفعة بنفسه ملك الاستغلال أيضا ، ومن ملك الاستغلال ملك المنفعة : فإن شاء استوفى الموصى له المنفعة بنفسه وإن شاء أجر العين لغيره ، وأخذ الأجرة لنفسه (٢) .

وقد عرضت كتب الحنفية لقول الشافعي : أن الموصى له يسكنى الدار - يملك تأجيرها ، وذكرت حجته ، وخلاصتها أنه بالوصية ملك المنفعة ، فيملك تمليكها لغيره ببدل ، وبغير بدل - لأنها كالأعيان عنده ، وفي العين يصح الاعتياض عنها سواء أكان تملكه ببدل أم بغير بدل - فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة إذا تملكها . ولا كذلك العارية لأنها أباحة على أصله ، وليست بتملك (٣) .

وبالمقارنة والموازنة : ولما قلناه في الاعتراض على المذهب الحنفي - في الحالتين الثالثة والرابعة - ولقوة دليل من خالف هذا المذهب - نرجح رأي الشافعية ومن وافقهم .

ثالثا : القانون :

جاء القانون ، فبنى ما قرره في المادة - ٥٤ - على مذهب الشافعي في جواز استيفاء بدل المنفعة إذا كانت الوصية بالسكنى ، وعلى قول أبي بكر الاسكاف - من فقهاء الحنفية - في جواز استيفاء نفس المنفعة إذا كانت الوصية بالغة . وعلى القاعدة المشهورة التي يعتمد عليها الحنفية وغيرهم ، وهي : « الضرر يزال » .

(١) وفي المذهب المالكي أن الوصية أن قامت القرائن فيها على أن الموصى يتصد بها تملك المنفعة - ملك الموصى له الأمرين . والا ملك الانتفاع بنفسه فقط - راجع شرح قانون الوصية للأستاذ أبو زهرة ص ١٦٨ .

(٢) كتاب الملكية ونظرية العقد للعلامة الأستاذ أبو زهرة ص ٧٢ من الطبعة الأولى ، وكتاب المعاملات الشرعية المالية للعالم الفقيه الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٥ و ٢٧٣ .

(٣) النهاية وشرح الهداية ج ٨ ص ٤٨١ ، وحاشية التسليح على الزيلعي ج ٦ ص ٢٠٣ .

ويناء على هذه الأسس - أجاز القانون للموصى له - بمقتضى المادة ٥٤ - الانتفاع بالموصى به على أى وجه - بشرط عدم الأضرار بالعين الموصى بمنفعتها وبذلك جاء القانون أكثر توسعة وتيسيرا له من المذهب الشافعى نفسه : فانه أطلق له وجوه الانتفاع ولو منعه الموصى من بعضها ، بشرط عدم الأضرار بالعين ، وهذا هو نص المادة المذكورة : « اذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به - جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه - بشرط عدم الأضرار بالعين الموصى بمنفعتها » .

وقالت المذكرة التفسيرية فى تسويغ ذلك : ان المصلحة فى اعطاء مالك المنفعة حق توجيهها الى ما يراه من فائدته : فقد يضطر الموصى له بالسكنى الى الاقامة فى جهة أخرى أو يكون الموصى له بسكناه أكثر من حاجته ، وقد يكون الموصى له بالغلة فى حاجة الى سكنى الدار . لهذا وضعت هذه الأحكام وروعى فيها ألا يترتب على تصرف الموصى له ضرر بالعين الموصى بها - كما اذا كانت دارا صالحة للسكنى ، فأجرها لمن يستعملها مصنعا . وفى وضع آلات المصنع فيها ضرر لأن جدرانها لا تحتل حركة آلات المصنع . وهذا اجتهد مقبول من اللجنة التى أعدت القانون - لأن له ما يسوغه من آراء فقهية ، وقواعد عامة شرعية .

٨ - بعض ما عرض له قانون الوصية

من أنواع الوصية بالمنافع

للوصية بالمنافع - عدا ما ذكر فى حكم الوصية - أنواع أخرى عرض لها القانون . . كالوصية بالاقتراض وبالحقوق التى تنتقل بالارث ، وبالمرتبات ، وبقسمة التركة ، وغير ذلك ، وتجد أحكام ذلك مفصلة - فى كتب

الفقه - فى المذاهب المختلفة - وفى قاتون الوصية - فى
المواد ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ٥٦ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٨ . وسنذكر
لك - بايجاز ، فيما يلى - بعض ما تيسر منها - مما يحتمله
الوقت والمقام .

(أ) الوصية بالاقراض :

عرضت المادة ١٢ من قانون الوصية المصرى - لحكم
الوصية بالاقراض فقضت بصحة الوصية باقراض الموصى له
قدرا معلوما من مال الموصى - من غير ربا - وتنفيذ الوصية
ان كان ما سماء فى حدود الثلث . أما اذا زاد القدر الموصى
باقراضه على ثلث التركة فان اقراض الزائد يتوقف على
اجازة الورثة : فان أجازوه نفذ ، وإن لم يجيزوا كان قرضه
بقدر الثلث فقط ، وهذا ما تقتضيه قواعد الحنفية فى
تنفيذ الوصية (١) .

ولم تتعرض المادة المذكورة ، ولا المذكرة التفسيرية
لأكثر مما بيناه ، ولكن مما ينبغى ملاحظته أن الوصية
بالاقراض من قبيل الوصية بالمنافع وقد نص فقهاء المذهب
الحنفى أن عارية الدراهم والدنانير قرض ، وجينئذ فشان
الوصية بالاقراض أن تقيّد بأمد معلوم ، ومتى قيدت به
روعى الأجل ولزم لأنه أمر لايد منه لتحقيق ارادة الموصى .
ولا كذلك الأجل فى القرض حال الحياة ، فانه لا يلزم عند
الحنفية لأن العارية فى أصل وضعها عقد غير لازم ، والقرض
نوع منها ، وكثير من الفقهاء مع الحنفية فى عدم لزوم
الأجل فى القروض وخالف فى ذلك المالكية . . اذ يقولون
يلزوم الأجل فيه . . متى نص عليه ، أو جرت العادة العامة
بأجل معروف . . كقرض قمح ، فانه يؤجل الأداء فيه عادة
الى وقت الحصاد .

(ب) الوصية بالحقوق التى تنتقل بالارث

كذلك قضى القانون فى المادة ١١ بصحة الوصية بالحقوق

(١) المذكرة التفسيرية - المادة ١٢ - .

التي تنتقل بالارث ، وبالخلو ، ويؤخذ من المذكرة التفسيرية عند شرحها للمادتين ١٠ ، ١١ ما يأتي :

أولا : أن المراد بالحقوق التي تنتقل بالارث : حقوق الارتفاق - من الشرب والمجرى والمسيل والتعلي ونحوها .
غير أن الوصية بحق الشرب والمجرى والمسيل لا تجوز - قانونا - الا تبعا للأرض الموصى بها أو للمالك أرض تنتفع بها (١) . وجواز الوصية بحقوق الارتفاق هذه يؤخذ من مذهب الحنفية - كما ورد بالمذكرة التفسيرية ، وذلك لأنه يجزئ فيها الارث ، فتجرى فيها الوصية لأنها أخت الميراث ، وقد تستقي أحكامها منه - قال في الكنز وشرحه لمنلا مسكين في مسائل الشرب : « ويورث الشرب (٢) ، ويوصى بالارتفاق بعينه ، ولا يباع ولا يوهب » ، كما ورد في البدائع : « يوصى بالشرب - حتى لو أوصى لرجل بأن يسقي أرضه مدة معلومة من شربه - جازت الوصية من الثلث - لأن الوصية تمليك بعد الموت . ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال ، وإنما يملك بعد الموت ، فأشبه الميراث - فإذا احتمل الارث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث ، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لأن الشرب ليس بعين مال ، بل حق مالي وشبه الخدمة . ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ، ولا تصير ميراثا ، فكذلك الوصية بالشرب (٣) » .

وانما أجاز الحنفية تملك حقوق الارتفاق - ارثا ووصية - لأن الارث - كما في البدائع - غير موقوف على الملك لا محالة ، بل يثبت في حق الملك ، كما يثبت في الملك - كخيار العيب ، ولأن الملك بالارث يقع تبعا لا قصدا (٤) .

(١) لم يرد في المادة ١١ هذا الشرط لجواز الوصية بحقوق الارتفاق ، وإنما تعرضت له المذكرة التفسيرية .

(٢) الشرب بالكسر : هو النصيب من الماء لسقي المزارع والذواب - راجع التفسير .

(٣) راجع شرح قانون الوصية للاستاذ الجليل محمد أبو زهرة من ص ١٠٤ الى ص ١٠٨ طبعة سنة ١٩٥٠ .

(٤) أما التمليك بالبيع والهبة فانه يثبت بكل واحد منهما قصدا .

وأما جواز الوصية بها فلانها تشبه الارث - كما ورد في عبارة البدائع السابعة ، فما جرى فيه الارث - تجرى فيه الوصية - لانها اخته - ولكنهم لم يجيزوا بيع هذه الحقوق ولا هبتها - منفردة وقصدا - على الصحيح - لان حق الشرب وما مثله ليس بمال متقوم ، ولانه مجهول القيمة ومجهول الحال ، وبيع المجهول لا يصح لما فيه من الغرر والظلم - ومن علماء الحنفية من رأى صحة بيعها منفردة وقصدا - اذ جرى التعامل والعرف بذلك - لأن العرف يجيز مخالفة الفواعد الفقهية ، وله اعتبار في الشرع - ما لم يصادم نصا قطعيا .

أما اذا بيع الشرب - تبعا للأرض - فان ذلك جائز بالاتفاق (١) .

ثانيا : أن المادة ١١ لم ترد بالحقوق التي تنتقل بالارث الوقوف بها عند الحدود المرسومة لها في المذهب الحنفى - بدليل انها أدخلت فيها الوصية بحق المنفعة في العين المستأجرة ، بعد وفاة المستأجر ، فان ذلك انما يصح على المذهب الشافعى الذى لا يرى فسخ الاجارة بموت أحد المتعاقدين ، ويقضى بأن المنفعة تورت اذا مات المستأجر قبل انتهاء مدة الاجارة ، وبناء على ذلك تصح الوصية بها ، وهذا وان وافق مذهب الامام الشافعى - لا يوافق مذهب الحنفية لأن الاجارة تنفسخ عندهم بموت أحد المتعاقدين .

كذلك حق التملك فان الوصية به جائزة على مذهب الامام مالك . ويلاحظ أن صحة الوصية بهذا الحق لم تنص عليه المادة المذكورة - صراحة ، وانما صرحت به المذكرة التفسيرية حينما بينت المراد من الحقوق التي تنتقل بالارث فذكرته مع حقوق الارتفاق الأخرى .

ثالثا : صحة الوصية بالخلو - بناء على رأى بعض

(١) راجع المعاملات الشرعية - المالبة للنسيخ احمد - ابراهيم ص ٢٥ طبع سنة ١٩٣٦ .

المتأخرين من فقهاء المالكية (١) ، وقالت المذكرة التفسيرية « ان الخلو - عندهم - يشمل العكر ، وهو منفعة مملوكة لصاحبه - يجوز له التصرف فيها بالبيع والهبة والوصية وتورث عنه » .

والخلو الذى ذكر بعض متأخرى علماء المالكية أحكامه ، واعتمد عليه القانون فى المادة ١١ - معناه فى ذلك المذهب : أن يكون الوقف محتاجا لعمارة أو نحوها - فيتقدم شخص يماله ينفقه فى هذا السبيل ويصرفه على جهة الوقف فى المصاريف الضرورية اللازمة لبقائه وعمارته - على أن يكون له حق البقاء دائما .

وقد ذكر ناصر الدين اللقاني - من علماء المالكية - الخلو ، وأفتى بصحته - بناء على العرف - وأتى له بصور منها : أن يحتاج الوقف الى عمارة ، وليس له ريخ يقوم بعمارته ، فيجىء شخص ، ويقدم لناظر الوقف من ماله ما يغمّره به - فيكون بهذا المال الذى قدمه للوقف - صاحب خلو ، وله بهذا حق ثابت سواء اكانت العمارة القائمة بالمال منشأة بمد أن لم تكن ، أم اصلاحا لمتخرب ، أم كانت اقامة بناء مقام المتهدم ، أم كانت تكميلا لعين ناقصة . وحقه الثابت فى بقاءه فيها بأجرة تسمى عندهم حكرا وان تركها واستأجرها غيره - كان له بهذه العمارة حق فى أجرة العين الموقوفة يكافىء ما أنفق . ومنها أن يكون العقار موقوفا على مسجد ، ويحتاج المسجد الى اقامة بنائه ، أو الى مصاييح أو الى أجرة لاقامة الشعائر فيه - فيتقدم من يقوم بذلك من ماله - على أن تكون له الأولوية فى اجارة العين الموقوفة عليه ، ولا يثبت له سوى ذلك الحق (٢) .

وهذا هو نص المادة الحادية عشرة من القانون :

(١) المذكرة التفسيرية للمادة ١١

(٢) شرح قانون الوصية للاستاذ الجليل محمد أبو زهرة من ١٠٨ ، ١٠٩ .

« تصح الوصية بالغلو ، وبالحقوق التي تنتقل بالارث :
ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر » .

(ج) الوصية بقسمة التركة :

أجاز القانون في مادته الثالثة عشرة للمورث أن يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه في التركة ، وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له : فالوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى - على حسب الميراث الشرعي - صحيحة ، وهي نافذة لازمة بوفاة الموصى ، من غير حاجة الى اجازة الورثة لها الا اذا زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة ، فان كانت كذلك - اعتبرت الزيادة وصية ، وطبق عليها ما ورد بالمادة ٣٧ - لأن القانون أجاز في تلك المادة الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على اجازة الورثة ، وبناء على ذلك يجوز للمورث أن يزيد في بقض الانصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة ، فان كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد - قسم الثلث بين أصحاب الانصباء المزیدة بنسبة ما زاده لكل منهم ، ورد الباقي الى التركة (١) .

وقد وضعت المادة المذكورة لتمكين المورث من تنظيم تركته ، وقسمتها بين ورثته على الوجه الذي يرى المصلحة فيه (٢) ، وليقضى على ما عسى أن يحدث بينهم من خلاف على التقسيم بعد وفاته ، وليختار للضعيف من ورثته ما لا يشق عليه استثماره من التركة .

والمذكرة التفسيرية - حينما أرادت أن تجعل لحكم المادة

(١) المذكرة التفسيرية - المادة ٢٣ .

(٢) المصدر السابق .

١٣ مرجعا فقهيا - قالت ان ذلك قول بعض فقهاء الشافعية والحنابلة (١) .

وبالرجوع الى كتب الشافعية - تجد في المذهب الشافعي قولين : أحدهما : يقول ان هذه الوصية - اذا كانت بقدر حصة كل منهم - صحيحة لازمة ، فلا تفتقر الى اجازة الورثة ، والآخر يقول بصحتها مع افتقارها الى اجازتهم وهو الأصح في المذهب ، وذلك لاختلاف الأغراض بالأعيان (٢) كذلك بالرجوع الى بعض كتب المذهب الحنبلي - تجد فيها هذين القولين ، وان لم يصرح فيها بترجيح أحدهما على الآخر - فقد جاء في المغنى ما يأتي : « وان وصى لكل وارث بمغنى من ماله - بقدر نصيبه - كرجل خلف ابنا وبنتا ، وعبيدا قيمته مائة ، وجارية قيمتها خمسون - فوصى لابنه بعبده ، ولابنته بأمته - احتمل أن تصح الوصية - لأن حق الوارث في القدر لا في العين - بدليل ما لو عاوض المريض بعض وورثته أو أجنبيا بجميع ماله - صح اذا كان ذلك بتمن المل . وان تضمن فوات عين المال - واحتمل أن تقف على الاجازة - لأن في الأعيان غرضا صحيحا ، وكما لا يجوز ابطال حق الوارث في قدر حقه - لا يجوز من عينه » (٣) .

وعندى أن علة توقف هذه الوصية على اجازة الورثة أقوى وأرجح ، ولذلك نميل الى ترجيح هذا القول ، وهو

(١) لم أر فيما اطلعت عليه من كتب المذهب الحنفى نصا صريحا في هذا الشأن ، وقد يكون ذلك في مصدر لم اطلع عليه ، وكل ما رأيته انما هو تعيين الموصى لأحد ورثته شيئا من التركة - نقل في الجزء الخامس من رد المحتار ص ٤٣٣ ما نصه : قال القهستاني : اعلم أن الناطقى ذكر عن بعض أشيائنا أن المريض اذا عين لواحد من الورثة شيئا كالدار - على ألا يكون له في سائر التركة حق - يجوز ، وقيل هذا اذا رضى ذلك الوارث به بعد موته فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقى الورثة معه كما في الجواهر ، قلت : وحكى القولين في جامع الفصولين ، فقال : قيل جاز ، وبه ألتى بعضهم ، وقيل لا ١٠ هـ . ويلاحظ أنهم أغفلوا ما عين للوارث : أمو قدر نصيبه أم لا ؟ كما أغفلوا اعتبار رضا الورثة أو عدم اعتباره .

(٢) راجع نهاية المحتاج على المحتاج ج ٥ ص ٤١ .

(٣) المغنى طبعة المنار ج ٦ ص ٤٢٠ ، ٤٢١ .

ما يوافق الرأي الأصح في المذهب الشافعي - فقد يكون في الزام الورثة بها ما يثير الشك ، والعداوة والبغضاء مما يفضي الى قطع صلات القربى بينهم ، ولا سيما اذا اقتصر في التعمين على بعض الورثة . هذا الى أن الغرض الصحيح قد يتعلق بالعين ، كما يتعلق بالقدر .

وهذا هو نص المادة ١٣ :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث ، أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاء الموصي ، فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة - كانت الزيادة وصية » .

(د) الوصية ببيع عين من التركة ، أو تأجيرها :

كذلك تصح الوصية بتأجير عين معينة من التركة مدة معينة ، كل سنة أو شهر بكذا من الأجر - لشخص معلوم ، وتصح أيضا الوصية ببيعها للموصي له بثمن معين . وصحة هذا النوع من الوصية منصوص عليه في المذهب الحنفي ، وغيره . كالمذاهب الشافعي والجنبي ، وهو في فقه مالك (١) .

وقد قضت المادة ٥٦ من القانون - بنسخة هذه الوصية ، وطبقت عليها القواعد العامة التي تطبق على كل وصية - فقضت بأن الأجرة أو الثمن المسمى في الوصية إن كان أجز المثل أو ثمن المثل - فإن الوصية تنفذ ، وكذا اذا كان أقل من المثل بقدر يخرج من ثلث التركة ، أو يزيد على الثلث زيادة يسيرة - يتغابن فيها الناس عادة .

وله أمّا اذا كانت الزيادة على الثلث فاحشة ، وهي مالا يتغابن الناس فيها عادة ، ولم يجز الورثة هذا الزائد : فإن دفعه الموصي له للورثة - نفذت الوصية له ، وإن أبى الدفع لا يؤثر له أن كانت الوصية بالتأجير ، ولا يباع له .

(١) شرح قانون الوصية للمالم الجليل أبو دهره ص ١٤١ .

ان كانت الوصية بالبيع (١) • وقالت المذكرة التفسيرية :
ان هذه الأحكام كلها من مذهب الحنفية •

وهذا نص المادة ٥٦ :

« اذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بثمن معين،
أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة ، وكان الثمن أو
الأجرة اقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث أو بغبن
يسير - نفذت الوصية •

وان كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجر
الورثة الزيادة - فلا تنفذ الوصية الا اذا قبل الموصى له
دفع هذه الزيادة » •

تعدد الوصايا وتزاحمها

عرض علماء الفقه الاسلامي وأئمة المذاهب المختلفة،
وأصحاب كل مذهب لبيان حكم تعدد الوصايا في الأحوال
المختلفة •

وسنبين فيما يأتي ملخص هذه الآراء ، ثم نقف على
أثرها بحكم القانون :

أولا : المذهب الحنفي : يمكن تلخيص ما قاله علماء
هذا المذهب - في أربع حالات :

الحالة الأولى : أن يوصى الموصى لاثنين - مثلاً -
بوصيتين ، لا يتجاوز مجموعهما ثلث التركة - كما اذا أوصى
لواحد بسدس ماله ، ولآخر بعشره • وفي هذه الحالة تنفذ
الوصيتان مطلقاً - لأن له الحق في أن يوصى بثلث ماله
وان لم تجز الورثة • وحينئذ يأخذ كل منهما ما أوصى له به •

الثانية : أن يوصى لهما بوصيتين يتجاوز مجموعهما
الثلث ولكنهما متساويتان كما اذا أوصى لأحدهما بالثلث ،

(١) المذكرة التفسيرية - المادة ٥٦ •

ولآخر بثلث ماله أيضا أو أوصى لكل منهما برבעه أو ينصفه — سواء أكان ذلك بعقد واحد أم بعقدين إذا لم يوجد ما يدل على رجوعه عن الأولى ، ثم مات الموصى • فان أجازت الورثة الوصيتين نفذتا • والا قسم الثلث بينهما نصفين — لأن ثلث المال يضيق عن حقهما إذ لا يزداد عليه عند عدم الإجازة • وقد تساويا في سبب الاستحقاق ، فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة ، فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما فيه • أما إذا وجد ما يدل على الرجوع — كما إذا قال : الثلث الذي أوصيت به لفلان — جعلته لفلان — كانت الوصية للثاني دون الأول • لأنه وجد ما يدل على الرجوع عن الأولى ، واللفظ يدل على قطع الشركة •

الثالثة : أن تتفاوت الوصيتان ، ومجموعهما يزيد على الثلث ، ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث — كما إذا أوصى لشخص بثلث ماله ، ولآخر بسدسه فعند الإجازة تنفذ الوصيتان كليهما • وعند عدم الإجازة يقسم الثلث بينهما قسمة تناسبية ، فيأخذ كل منهما بقدر حقه ، أو حصته وعلى ذلك يجعل الثلث بينهما في المثال السابق أثلاثا : لصاحب الثلث ثلثاه ، ولصاحب السدس ثلثه — لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا ، وقد ضاق الثلث عن حقهما ، إذ لا مزيد للوصية على الثلث — عند عدم الإجازة — فيقتسمانه على قدر حقهما (١) وحكم هذه الحالة متفق عليه بين الامام وصاحبيه •

الحالة الرابعة : أن تتفاوت الوصيتان — مع تجاوز مجموعهما الثلث ، واحداهما أو كليهما أكثر من الثلث — كما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه ، أو أوصى لواحد بالنصف ، ولآخر بالثلثين ، أو لواحد بالنصف ولآخر بالثلث •

(١) وقيامها على مسائل الميراث تكون هذه المسألة من ٦ ، وترد الى ثلاثة : فيجعل الثلث ثلاثة أسهم : سهم لصاحب السدس ، وسهمان لصاحب الثلث وعلى هذا القياس •

في هذه الحالة - ان لم تجز الورثة الوصيتين - اختلف
الامام أبو جنيفة وصاحباؤه : فقال الامام يلغى الزائد على
الثالث من كل وصية زادت عليه : فالموصى له بالكل أو
بالنصف أو بالثلثين - يجعل كأنه أوصى له بالثلث فقط عند
عدم الاجازة ، وحينئذ يقسم الثلث الذي تنفذ فيه الوصية
بين الموصى لهما على حسب الحكم المذكور في الحالتين الثانية
والثالثة : ففي الأمثلة الثلاثة السابقة يقسم الثلث بينهما
نصفين ، أما إذا أوصى لأحدهما بالنصف وللآخر بالسدس
فإنه يلغى الزائد على الثلث بالنسبة للموصى له الأول *
ويجعل كأنه أوصى له بالثلث فقط ، وحينئذ يقسم ثلث
التركة بينهما قسمة متناسبة بين الثلث والسدس - كما في
الحالة الثالثة . ولذا ورد في شرح الهداية أن أبا جنيفة
لا يضرب (١) للموصى له بما زاد على الثلث - الا في ثلاث
مسائل ذكرها - فالموصى له بأكثر من الثلث - عند الامام -
لا يضرب بأكثر من الثلث - أي لا يأخذ من القدر الذي تنفذ
فيه الوصية - عند عدم الاجازة - أكثر من الموصى له
بالثلث * وعلى هذا الرأي قول أبي ثور ، وابن المنذر *
علي ما نقله صاحب المغنى .

وقال الصاحبان : يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة
على قدر حصة كل منهما ولا يلغى الزائد على الثلث - كما
قال الامام - . فإذا أوصى لأحدهما بجميع المال وللآخر
بالثلث * . قسم الثلث بينهما أرباعا : سهم لصاحب الثلث ،

(١) فسر صاحب العناية على الهداية - لا يضرب - بمعنى لا يجعل ، وقال ان مفعول
لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيئا . ج ٨ ص ٤٤٢ ، وقال العلامة ابن عابدین عند
قولهم لا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث عند أبي حنيفة : ضرب الكسور في مصطلح
المقتضى على معنى أخذ ، فإذا قيل : اصرب ربعا في ثلث - فمعناه أخذ ربع الثلث وهو واحد
من اثني عشر - فالمعنى هنا : لا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث أي لا يؤخذ له من الثلث
بحكم الوصية له - بأكثر من الثلث - لأن الامام يرى بطلان التفضيل ، فلم يصرح ما اذا
أوصى لأحدهما بالكل وللآخر بالثلث لا يجعل سهام الوصية أربعة ، كما جعلها الصاحبان ،
وانما يؤخذ للموصى له بالكل من الثلث - بحكم الوصية - بثلث فقط بأن يجعل كاله
أوصى لكل منهما بالثلث ، فيقسم بينهما نصفين . وعلى هذا قالوا ضللة يضرب ولا حذف
في رد المحتار ج ٥ ص ٤٤٢ .

وثلاثة أسهم لصاحب الجميع ، ويضرب الموصى له بما زاد على الثلث عندهما ، فيأخذ ثلاثة أرباع الثلث ، والآخر يأخذ رבעه .

وحجة الامام أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير المشروع - عند عدم الاجازة من الورثة - اذ لا يتصور نفاذها بحال - فتبطل أصلا ، والباطل لا يعتبر . والتفضيل ثبت في ضمن ما قصده الموصى من استحقاق الزائد على الثلث ، فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحابة: الثابتة في ضمن البيع، تبطل ببطلان البيع .

وحجة الصاحبين أن الموصى قصد شيئين : الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث ، وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض ، وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ، فيبقى التفضيل على حاله اذ لا مانع منه ، وهو مستقل عن الأول ، وليس داخلا ضمنه ، فيثبت ويعمل به .

وعلى الرغم من أن رأى الامام هو الصحيح المفتى به فى المذهب على ما نقله ابن عابدين - وقد كان هو المعمول به فى المحاكم الشرعية قبل صدور قانون الوصية الجديد - نرى ترجيح قول الصاحبين لقوة دليلهما : فان توزيع الثلث بالحصص يتفق مع ما قصده الموصى من التفضيل بين الموصى لهم ، وقد يكون هذا مخققا للعدل فى نظره ، فتنبغى مراعاته .

وقد استثنى الامام أبو حنيفة من قاعدته المشهورة المذكورة ، وهى أن الموصى له لا يضرب بأكثر من الثلث - ثلاث صور ، أو ثلاث مسائل - وافق فيها الصاحبين لأن الموصى لم يصرح فيها بنسبة خاصة ، وانما جاءت الزيادة فيها على الثلث - من طريق المزاحمة وضيق التركة - وهى المحابة ، والوصية بالدراهم المرسل (١) ، والسعاية : وصورة المحابة أن يكون لرجل منزلان : قيمة أحدهما

(١) المرسل ، أى المطلقة ، غير القيدة بثلاث أو نصف أو نحوها

ثلثمائة جنيه ، والآخر ستمائة جنيه - فأوصى بأن يباع الأول لشخص معلوم بمائة جنيه ، وبأن يباع الثاني لشخص آخر بمائتي جنيه ، ولا مال له غيرهما ، ولم تجز الورثة الوصيتين • فتركته حينئذ تسعمائة جنيه ويكون ثلثها ثلثمائة ، والأول موصى له بمائتين وهى أقل من الثلث ، والثانى موصى له بأربعمائة وهى أكثر من الثلث فأبو حنيفة - كالصاحبين - فى هذه الصورة يقسم الثلث بينهما وهو ٣٠٠ جنيه قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما ، فيقسم أثلاثا ثلثه للأول ، وثلثاه للثانى ، وحينئذ يباع المنزل الذى قيمته ٣٠٠ جنيه للأول بمائتين ، والمائة تعتبر وصية له ويبيع المنزل الذى قيمته ٦٠٠ للثانى بأربعمائة ، والمائتان وصية له • ولو طبقنا على هذه الصورة قاعدة الامام المشهورة لقسم الثلث الذى هو ٣٠٠ قسمة أخرى متناسبة بين المائتين والثلثمائة التى هى ثلث ماله ، ولأخذ الأول منها خمسيها والثانى ثلاثة أخماسها •

وصورة الوصية بالدراهم المرسلة أن يوصى لشخص بأربعمائة جنيه. وآخر بثمانمائة ، وقيمة تركته ألف ومائتا جنيه ، ولم تجز الورثة - فكانه أوصى لواحد بالثلث ، وآخر بالثلثين - فلو طبقنا قاعدة أبى حنيفة المذكورة على تلك الوصية لقسم الثلث - وهو أربعمائة - بينهما نصفين ولكنه وافق الصحابين فى هذه الصورة أيضا ، ورأى قسمة الثلث بينهما قسمة تناسبية على قدر وصية كل منهما ، فقسم الثلث أثلاثا : ثلثه للأول ، وثلثاه للثانى •

أما الصورة الثالثة وهى السعاية فقد أثرنا ترك توضيحها - لأنها من جهة غير واقعية (١) فى عصرنا الحاضر ، ومن جهة أخرى لا تخرج فى معناها عن معنى الصورتين السابقتين • وإنما فرق أبو حنيفة بين هذه الصور ، وبين غيرها لأن الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا -

(١) لأنها متعلقة بالاعتاق لى مرض الموت •

كالتصف والثلثين وغيرهما - والشرع أبطل الوصية في الزائد على الثلث - لم يصح اللفظ في منخرجه - ، فكان ذكره لغوا ، فلا يعتبر في حق الأخذ من الثلث الذي ستنفذ فيه الوصية ، ولا يمكن تصنيخ الزائد على الثلث - المصرح به في لفظ الوصية بحال - لأن ماله لو كثر أو ظهر له مال آخر لدخلت فيه تلك الوصية ، ولا يخرج من الثلث . ولا كذلك إذا لم تكن الوصية مقدرة بأي شيء من المال - كما في الصور المذكورة - فان الوصية في منخرجا صحيحة ، وليس في العبارة ما يكون مبطلا لها ، وانما جاءت الزيادة على الثلث فيها من أمر خارج عن الوصية ، وهو قلة التركة وضيقها وعدم وفاء ثلثها بالوصيتين ، فهي ليست باطلة بالكلية .

ولهذا اعتبرت الزيادة في حق الأخذ من الثلث ، وكان لكل منهما أن يأخذ منه بقدر حقه لكونه مشروعاً - يدلك على هذا أن ثلث التركة ان كان يفي بالوصيتين فان كلا منهما يأخذ حقه ، حتى لو ظهر له مال بعد قسمتها الثلث على هذه النسبة - أخذ كل ما أوصى له به ان كانت الوصيتان تخرجان من ثلث جميع المال . وهذا بخلاف (أ) ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث ، وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث - لأن الحق هنا تعلق بعين التركة بدليل أنها لو هلكت واستفاد مالا آخر - تبطل الوصية - بخلاف الدراهم المرسلة فانها لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم تكن متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة

هذا كله إذا لم تجز الورثة - فاذا أجازوا نفذت الوصيتان جميعاً أن كان مجموعهما لا يتجاوز التركة - اتفاقاً - فان لم تسعهما التركة كما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله . وللآخر بثلث ماله - قسمت التركة بينهما بطريق الغول

(١) راجع شرح النهاية (في باب الوصية بالثالث) .

على قول الصّاحبين - كما فى الميراث - وقد اجتمعت هنا وصية بالكل ، ووصية بالثلث ، فيكون أصل المسألة من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث : فالموصى له بالجميع يدعى كل المال وهو ثلاثة أسهم ، والموصى له بالثلث يدعى ثلثه سهمًا - فتعول الى أربعة ، ويكون للموصى له بالكل ثلاثة أرباع التركة ، وللموصى له بالثلث ربعها .

أما الامام أبو حنيفة فانه لم يرو عنه نص صريح فى ذلك ، واختلفوا فى قياس قوله عند اجازة الورثة : فقال أبو يوسف : قياس قوله : أن يقسم المال بينهما أسداسًا - بطريق المنازعة - خمسة أسداسه للموصى له بالجميع ، والسدس لصاحب الثلث - ووجهه أن الثلثين للأول بلا نزاع ، وقد انحصر النزاع فى الثلث الباقي فينصف ، ويكون لصاحب الثلث السدس ، ولصاحب الجميع خمسة أسداسه .

وقال الحسن بن زياد : ان هذا تخريج قبيح لاستواء سهم الموصى له بالثلث فى حال الاجازة وعدمها وهو السدس . فالصحيح أن يربع المال بطريق المنازعة فيكون ربعه للموصى له بالثلث ، وثلاثة أرباعه للموصى له بالجميع .

ووجهه أن يقسم الثلث أولا بينهما نصفين لأن اجازة الورثة فى قدر الثلث ساقطة الاعتبار لتنفيذ الوصية فيه من غير حاجة الى اجازتهم . وأصل المسألة من ٣ لحاجتنا الى الثلث ، ثم الثلث وهو سهم واحد يقسمته بينهما نصفين ينكسر بالنصف ، فيضرب مخرج النصف وهو ٢ فى أصل المسألة « ثلاثة » فيصير الأصل من ستة ، وثلاثها سهمان . لكل واحد سهم : فيبقى أربعة أسهم يدعيها كلها الموصى له بالجميع ، والموصى له بالثلث يدعى منها سهمًا واحدًا ليصير مع السهم المأخوذة ثلث جميع المال وبهذا يسلم للموصى له بالكل أربعة أسهم ، وقد استوت منازعتهما فى السهم الباقي

فيتنصفه، فيحصل للموصى له بالثلث سهم ونصف، وللموصى له بالكل أربعة أسهم ونصف، ويضرب مخرج النصف اثنين في أصل المسألة ستة - يصير أصل المسألة الجديد اثني عشر، ويصير حق كل واحد منهما ضعف ما كان له - على التقسيم السابق وبهذا يحصل للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثني عشر وهي ربع جميع المال، وللموصى له بالكل تسعة أسهم وهي ثلاثة أرباعه - أو يقال : إذا صار المال اثني عشر - يقسم الثلث أولاً بينهما نصفين لكل واحد سهمان، فيبقى الثلثان ثمانية أسهم يدعيها صاحب الجميع، وصاحب الثلث لا يدعي منها الا سهمين - ليتم له الثلث، فلا منازعة له فيما وراء السهمين، وذلك ستة تعطى للموصى له بالكل بلا منازعة ويبقى سهمان استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما نصفين، لكل واحد سهم، وبذلك يحصل للموصى له بالجميع تسعة أسهم من اثني عشر وهي ثلاثة أرباع التركة، وللموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثني عشر، وهي ربعها، فأفادت الإجازة في حق صاحب الثلث - على ما رآه الحسن بن زياد - أنه يأخذ ربع التركة في حين أنه يأخذ سدسها عند عدم الإجازة -

وعلى هذا يكون قول الامام - في المسألة السابقة (١) كقول صاحبين في قسمة المال أرباعاً، لكن التوزيع مختلف : فعنده بطريق المنازعة، وعندهما بطريق العول - على ما سبق بيانه (٢) ولا شك أن رأى صاحبين أولى بالتوزيع والقبول لوضوحه، وسهولة تطبيقه -

ثانياً : تعدد الوصايا في المذاهب الأخرى :
نقل صاحب بداية المجتهد (٣) ونهاية المقتصد : اتفاق

(١) وفي الوصية لأحدهما بكل المال، وللآخر بثلثه .
(٢) راجع في مبحث تعدد الوصايا، الناية مع شرح الهداية ج ٨ ص ٤٤١، ٤٤٢ وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ج ٦ - ص ١٨٧ و ١٨٨، ورد المختار ج ٥ ص ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، وشرح الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ زيد الجزء الثاني « مبحث استحقاق الموصى لهم » .
(٣) ج ٢ ص ٢٩١ طبعة سنة ١٣٣٩ هـ .

مالك وأصحابه على أن الوضايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية - أنها تتخاص في الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض ، قدم الأهم ، واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم .

وإذا أوصى شخص لاثنيين : لأحدهما بنصف ماله ، وللآخر بثلث ماله ، ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا (١) . فقولهما في ذلك كقول الصاجيين ، ويكون تقسيم الثلث بينهما بقدر حصة كل منهما ، ولا يلغى الزائد على الثلث بالنسبة للموصى له الأول ، وهذا بخلاف رأي أبي حنيفة الذي سبق ذكره فإنه يرى في المثال السابق أن يقسم الثلث بينهما بالسوية ، وقد تقدم بيان حجة كل من الفريقين مع الموازنة بينهما .

والمشهور في مذهب مالك - على حسب ما ورد في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - أنه في المثال السابق تبطل الوضعية فيما زاد على الثلث ولو أجازها الورثة ؛ ولكن عند الإجازة يعتبر الزائد على الثلث عطالة جديدا من الورثة لا تنفيذاً لوصية الميت على المشهور ، فيشترط فيه أن يكون الوارث المجيز أهلاً للتبرع ، ولا بد فيه من القبول . وعنتلي هذا فللمجيز وهو الوارث أن يميز أحدهما بما يشاء مما زاد على الثلث (٢) .

وفي مذهب الخنابلة : ما يوافق رأي الصاجيين : فغنى مذهبهم : إذا أوصى بجميع ماله لشخص ، وأوصى بنصفه لشخص آخر - فإن أجاز الورثة ذلك - قسم المال بينهما أثلاثاً : يأخذ الموصى له بالنصف ثلثه ، والباقي يأخذه الموصى له بالكل .

وان لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على هذه النسبة أيضاً (٣) . ونقل صاحب المغنى أن التقسيم بنسبة السهام

(١) المصدر السابق .

(٢) الجزء الثالث من كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٨٤ .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٨٥ وانظر أيضاً كتاب المغنى ج ٦ ص ٤٦٥

وما بعدها .

هو قول الجمهور : منهم الحسين والنجمى ومالك وابن أبى
ليلى والثورى والشافعى وأبو يوسف ومحمد .

ثالثا : تزاحم الوصايا فى القانون :

عدلت المادة ٨٠ من قانون الوصية عن رأى الامام أبى
حنيفة : فى قسمة الوصية إذا ضاق الثلث عن سهام الموصى
لهم ولم يجز الورثة الوصية ، أو أجازوها وضاق الثلث
عن سهامها وذلك لصعوبة مذهبه فى طريقة القسمة - التى
شرحناها فيما سبق - وإخذت برأى الصحابين ، ومن
وافقهما فى هذا الرأى لما فيه من السهولة والوضوح ،
وتحقيق ارادة الموصى - فقضت المادة المذكورة بأنه اذا زادت
الوصايا على ثلث التركة أجازها الورثة وكانت التركة
لا تفى بالوصايا ، أو لم يجزوها وكان الثلث لا يفى بها -
فان التركة أو ثلثها يقسم - على حسب الأحوال - بين الوصايا
بالمعاصرة . ثم قررت أن الوصية إذا كانت بعين من أعيان
التركة ، وكانت قيمتها أكثر من الثلث ، أو زادت الوصايا
على الثلث ولم يجز الورثة الزائد ، أو أجازوا الوصايا ولم
تف بها التركة - فان الموصى له بالعين يأخذ - فى جميع
الأحوال - حصته منها ، وهو مذهب الحنفية (١) .

وقد وضحت المذكرة التفسيرية المادة المذكورة بثلاثة
أمثلة ، والتقسيم فيها جار على مذهب الامام أبى حنيفة
وصاحبيه فيما اتفقوا عليه ، وعلى رأى الصحابين فقط فيما
اختلفا فيه مع الامام !

المثال الأول : اذا أوصى لبراهيم بثلث التركة ، ولأحمد
بربعها ولم يجز الورثة : قسم الثلث بينهما بنسبة سهامهما
فى الوصية . وأصل المسألة هنا من اثنى عشر : ثلثها أربعة،
وربعها ثلاثة ، فيكون الثلث بينهما على سبعة سهام .

الثانى : أن يوصى بكل التركة لأحدهما ، وللآخر
بثلثها ، وأجاز الورثة - فى هذه الحالة تقسم التركة بطريق

(١) المادة ٨٠ والمذكرة التفسيرية .

العول : فاصل المسألة من ثلاثة وتعمل الى أربعة : للموصى له بالكل ثلاثة ، وللموصى له بالثلث واحد ، وتقسم التركة بينهما بنسبة سهامهما ، وان لم يجز الورثة كان الثلث بينهما على هذه النسبة أيضا .

المثال الثالث : اذا أوصى لرجل بألف وآخر بخمسائة ، وقيمة تركته ألف وثمانمائة ، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث - كان الثلث بينهما بنسبة حقهما في الوصية ، فتقسم الستمائة وهي ثلث التركة بينهما بنسبة واحد الى اثنين : لصاحب الألف أربعمائة ، وللثاني مائتان .

وفي هذا القدر كفاية من حيث المقارنة بين مختلف المذاهب والآراء في أهم مباحث الوصية ، ومعظم مسائلها ، ويصبح بعد ذلك - لمن أراد - قياس ما لم نذكره - وهو قليل - على ما ذكرناه ، والله أعلم بالصواب وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

مراجع الوصية

- ١ - رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين - الطبعة الميمية سنة ١٣١٨ هـ « الجزء الخامس - كتاب الوصايا » .
- ٢ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للامام الزيلعي ج ١ « كتاب الوصايا ثم ج ٥ (الاجارة - الفصب) الطبعة الأميرية سنة ١٣١٥ هـ » .
- ٣ - حاشية الشلبي على الزيلعي ج ٦ (الوصية) و ج ٥ (الاجارة) .
- ٤ - العناية وتكملة فتح القدير على شرح الهداية ج ٨ (كتاب الوصايا) « الطبعة الأميرية سنة ١٣١٨ هـ » .
- ٥ - شرح قانون الوصية للعلامة الأستاذ محمد أبو زهرة « الطبعة الثانية » .
- ٦ - المغنى لابن قدامة ج ٦ .
- ٧ - شرح الأحوال الشخصية للعلامة الشيخ محمد زيد الأبياني ج ٢ (مبحث الوصية) .
- ٨ - الجزء الأول من كتاب أحكام الأحوال الشخصية للعالم الفقيه الشيخ أحمد إبراهيم طبعة سنة ١٩٢٥ م (مبحث ثبوت النسب) .
- ٩ - كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم طبعة سنة ١٩٣٦ م « مباحث : أنواع الملك - الاجارة - الفصب - الوصية » .
- ١٠ - الملكية نظرية العقد في الشريعة الإسلامية للعلامة الأستاذ أبو زهرة طبعة سنة ١٩٣٩ م .

- ١١- التشريع الاسلامى للمؤلف طبعة سنة ١٩٣٦ « مبحث الوصية » .
- ١٢- الفقه على المذاهب الأربعة للعلامة الشيخ عبد الرحمن الجزيرى - الجزء الثالث طبعة سنة ١٩٥٢ : « مباحث الوصية » .
- ١٣- قانون الوصية المصرى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، ومذكرته التفسيرية .
- ١٤- الجزء الخامس من فتح البارى بشرح صحيح البخارى « المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٨ هـ » « أحاديث الوصية » .
- ١٥- الجزء السادس من نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام الشوكانى (طبعة الجلبى) (أجاديث الوصية) .
- ١٦- أحكام القرآن لأبى بكر الرازى المعروف بالخصاص (آيات الوصية) .
- ١٧- أحكام القرآن لأبن عربى (آيات الوصية) .
- ١٨- الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٢ ، ج ٥ (طبعة دار الكتب المصرية) .
- ١٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ طبعة الجلبى « مبحث الوصية » .
- ٢٠- آيات الوصية فى القرآن الكريم .
- ٢١- تفسير العلامة أبى السعود : « فى آيات الوصية » .
- ٢٢- التفسير الكبير للفخر الرازى : « فى آيات الوصية » .
- ٢٣- كتاب ابن حزم للباحت المحقق الأستاذ محمد أبو زهرة
- ٢٤- الجزء الثانى من فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب « باب الوصايا » .

بعض فقهية أخرى خاصة ببعض

أحكام المواريث

نذكر لك فيما يأتى - بعض أحكام الميراث ، ومسائله
التي اختلفت فيها علماء الفقه وأئمتهم - مما يصلح للدراسة
المقارنة :

ميراث الأم وبينان المواطن الخلافة فى حالات ارثها

١ - مذهب الجمهور من الأئمة والفقهاء ، فى عصر
الصحابة ، وما تلاه من عصور - أن للأم فى ميراثها ثلاث
جالات :

الأولى : استحقاق سدس المال كله ، إذا كان معها ولد ،
أو ولد ابن ، وإن سفل ، أو كان معها جمع من الاخوة أو
الأخوات ، وإنما استحققت السدس مع الفرع الوارث مطلقا
- لقول الله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس - مما
ترك إن كان له ولد » - ولفظ الولد يتناول الذكر والانثى ،
إذا لا قبرينة تخصصه بأحدهما ، وتناول الولد ولد الابن وإن
سفل : أما لأن لفظه يتناول ولد الابن أيضا ، وأما للاجماع
على أنه يقوم مقام ولد الصلب فى توريث الأم ، فولد الابن
ولد شرعا بالاجماع - قال الله تعالى : « يا بنى آدم ،
وكذلك عرفا » .

قال الشاعر :

بنونا بنو أبناؤنا وبناتنا بنوهن أبناؤ الرجال الأجانب

وليس دخول ولد الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز ، بل هو من باب عموم المجاز ، أو يقال : عرف أن حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر ، وهو الاجماع .

واستحقت الأم السدس أيضا إذا كان معها جمع من الاخوة ، أو الأخوات لقول الله - جل شأنه - « فان كان له اخوة فلأمه السدس » ، والمراد من الجمع وجود اثنين فصاعدا منهم ، من أى جهة كان الاخوة والأخوات - أى سواء اثنوا لأبوين أم لأب ، أم لأم ، أم كانوا مختلطين - لأن حكم الاثنين فى الميراث حكم الجماعة - فمتى وجد اثنان أو أكثر من هؤلاء حجب الأم من الثلث الى السدس .

الثانية : استحقاقها ثلث التركة كلها - وهذا إذا لم يكن للميت فرع وارث ، لا مذكر ولا مؤنث ، ولم يوجد اثنان أو أكثر من الاخوة والأخوات ، ولم يكن مع الأبوين أحد الزوجين ، وذلك لقول الله - عز وجل - « فان لم يكن له ولد وورثة أبواه فلأمه الثلث » ، فان كان له اخوة فلأمه السدس » .

الثالثة : استحقاقها ثلث مابقى بعد فرض أحد الزوجين ، وذلك فى صورتين :

احدهما : إذا توفيت امرأة عن زوج وأم وأب - والأخرى : إذا توفى رجل عن زوجه فأكثر ، وأم وأب - وفى الأولى تأخذ الأم ثلث الباقي بعد نصيب الزوج ، أى ثلث النصف ، وهو سدس التركة كلها ، والأب يأخذ الباقي - تعصيبا - وهو الثلث ، فالمسألة من ستة : للزوج ثلاثة أسهم ، وللأم ثلث الباقي سهم واحد ، وللأب الباقي وهو سهمان - وفى الصورة الثانية تأخذ الأم ثلث الباقي بعد فرض الزوجة ، وهو ربع التركة كلها ، وللأب الباقي - تعصيبا - وهو النصف ، فيكون أصل المسألة من أربعة : للزوجة سهم ، وللأم ثلث الباقي ، سهم كذلك ، والباقي للأب ، وهو سهمان ، وبأخذ الأم ثلث الباقي بعد فرض أحد

الزوجين - فى الصورتين - يتضح أنها أخذت نصف نصيب الأب ، وأنه أخذ ضعفها ، ولكنها - مع ذلك - تأخذ ما أخذته بالفرض لا بالتعصيب بالأب - خلافا لما أورده الصيدلانى فى شرح المختصر من القول بأن ما تأخذه الأم - فى هاتين - بالتعصيب بالأب (١) .

وهاتان الصورتان ، أو المسألتان تسميان بالفراوين - لشهرتهما - وكل واحدة منهما تسمى الفراوية لشهرتها كالكوكب الأغري ، كما تسميان العمريتين - لقضاء عمر - رضى الله عنه - فيهما بما سبق ذكره .
والى أحوال الأم التى أسلفنا ذكرها أشارت منظومة الرحبية فى الفرائض بقولها :

والثلث فرض الأم حيث لا ولد
ولا من الاخوة جمع ذو عند
كائنين أو ثنتين أو ثلاث
حكم الذكور فيه كالاناث
ثم قالت :

وان يكن زوج وأم وأب ، فثلث الباقي لها مرتب
وهكذا مع زوجة فصاعدا فلا تكن عن العلوم قاعدا
هذا ما عليه جمهور الأئمة والفقهاء وهو الذى عليه
العمل فى المحاكم قبل صدور قانون المواريث المصرى رقم
٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وبعد صدوره ، وقد جاء صدر المادة ١٤
من هذا القانون وفق ذلك ، ونصه :

(١) هذا ما نقله صاحب فتح الغريب بشرح كتاب الترتيب فى الفرائض . وورد فى شرح السراجية للسجائنى ما يفهم منه أن هذا التوريت بالتعصيب : قد علل لاخذ الأم ثلث جميع المال لو كان مكان الأب جد بقوله : ولأن للأم حقيقة الولاد كما للأب ، فيصحبها ، والجد له حكم الولاد لا حقيقته - فلا يصحبها إذ لا تعصيب مع الاختلاف فى السبب ، والظاهر من هذا الاختلاف أن فى ارث الأم ثلث الباقي فى الصورتين - وجهتى نظر مختلفتين ، وإن كان الراجع الذى يعمل عليه أن ارثها فيهما - بالفرض لا بالتعصيب كما هو شأن ارثها فى غيرها - اتباعا لما تقضى به النصوص . وسيرد عليك بعد ما ذكره شارح السراجية .

« للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الإبن وان نزل
أو مع اثنين أو أكثر من الأخوة والأخوات ، ولها الثلث في
غير هذه الأحوال ، غير أنها اذا اجتمعت مع أحد الزوجين
والأب فقط كان لها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج » •

٢ - ولكن - اتصافا للبحث - نذكر مواطن الاتفاق ثم
مواطن الاختلاف مما جرى متصلا بأحوال ارثها :

لقد اتفق الأئمة والفقهاء على أن الأم تأخذ سدس المال
كله اذا كان معها فرع وارث ، وكذا اذا كان معها جمع
لا يقل عن ثلاثة من الأخوة والأخوات وقيد بعضهم على
ما يأتى بيانه ، الأخوة والأخوات يأن يكونوا لأبوين أو لأب ،
كذلك اتفقوا على أنها تأخذ ثلث المال كله اذا لم يكن ليليت
ورثة سوى الأبوين فقط وعلى تسوية الأم بالأب اذا كان
معهما فرع وارث يذكر اذ يستحق كل منهما السدس فقط •

ومن الواضح أن سبب اتفاقهم على هذه المسائل الأربع
- راجع الى النصوص البينة المفسرة التي تدل على ذلك ،
والتي لا تحتمل تأويلا آخر غير ما تدل عليه من تلك الأحكام •
« تراجع آيات الموارث وأحاديثها » •

أما مواطن الاختلاف المشهورة ، فهي أربعة أيضا
نبينها فيما يلي :

الأول : أى صنف من الأخوة يحجب الأم حجب نقصان ؟
قدمنا - أن جمهور الفقهاء والأئمة يرون حجب الأم
حجب نقصان من الثلث الى السدس عند وجود جمع من
الأخوة أو الأخوات ، من أى جهة كانوا • ولم يخالف فى
ذلك الا الزيدية ، فقد ذهبوا الى أن الأخوة للأم لا يحجبونها
بخلاف غيرهم (١) •

(١) وروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه ، وعن الحسن البصري رحمه الله أن الأم
لا تحجب بالاناث من الأخوات اذا كن وحدهن بلا ذكور - فلا يحجبها عن الثلث الا الأخوة
الذكور أو الذكور مع الاناث - لظاهر قوله (أخوة) وهو جمع ذكور • ولكن الجمهور على
تخلاف ذلك لأن المراد جنس الأخوة ، وهو من باب التغليب (راجع فتح القريب) •

وحجتهم فى ذلك أن الحجب ، لوجود جمع من الاخوة ، ثبت بقوله تعالى : « فان كان له اخوة فلأمه السدس » ، والحجب ، لهذا السبب ليس أمرا تعديدا ، وإنما هو معقول المعنى ، وبيانه انه اذا كان هناك أخوة لأب وأم أو لأب ، فقد كثر عيال الأب ، فيتحتاج الى زيادة مال للانفاق ، وهذا المعنى غير متحقق فى الاخوة لأم ، اذ ليست نفقتهم على الأب ، وقد رأيت أن جمهور العلماء لا يفرقون بين الاخوة الأشقاء أو لأب ، وبين الاخوة لأم ، وحجتهم أقوى ، ورأيهم الجدير بالقبول والترجيح لأن اسم الاخوة حقيقة فى الاصناف الثلاثة ولفظه يطلق على الكل ، والحكم ثبت بنص الآية المذكورة ، والرد على حجة الزيدية واضح ، وهو أن الاخوة يحجبون الأم بعد موت الأب ، ولا ثقة عليه بعد موته ، كما أنهم يحجبونها كبارا قادرين على الكسب أو أغنياء ، وليس عليه نفقتهم فى هذه الحال .

الثانى : ما العدد الذى يتحقق به معنى الجمع فى الاخوة ؟

مذهب أكثر الصحابة ، وجمهور الفقهاء أن الاثنين من الاخوة والأخوات يكفيان فى حجب الأم من الثلث الى السدس ، فالجمع وهو لفظ الاخوة فى قوله جل شأنه « فان كان له اخوة فلأمه السدس » يتحقق باثنين منهم فصاعدا .

وروى عن ابن عباس ، رضى الله عنهما ، أن ام الأم لا تعجب من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم ، دون الاثنين ، فان لها معهما الثلث ، فالجمع من الاخوة والأخوات لا يتحقق عنده الا بثلاثة على الأقل ، وحجته أن الاخوة وردت بصيغة الجمع فى الآية وأقله ثلاثة فلا يتناول المثني .

الأولى : أن حكم الاثنين فى الميراث حكم الجماعة -
ألا ترى أن البننتين كالبنت والأختين كالأخوات فى استحقاق الثلثين - فكذا فى الحجب .

الثانية : أن معنى الجمع المطلق مشترك بين الاثنين وما فوقهما . وهذا المقام يناسب الدلالة على الجمع المطلق - الذى دل لفظ الاخوة عليه .

الثالثة : أن الجمع قد يطلق على المثني ، وهو كثير شائع فى كلام العرب ، وقد ورد فى القرآن الكريم ، ومنه قوله تعالى : « وهل أتاك نبأ الخصم ، اذ تسوروا المحراب ، اذ دخلوا على داود ، ففزع منهم ، قالوا لا تخف : خصمان بغى بعضنا على بعض » ففى هذه الآية أعيد ضمير الجمع فى تسوروا ، ودخلوا ، وفى منهم ، وقالوا : على اثنين ، وهما الملكان اللذان دخلا على داود عليه السلام فى صورة مبشركين - ألا ترى الى قوله : « خصمان » ، ومثل هذا كثير فى لغة العرب .

ولقوة أدلة الجمهور كان رأيهم هو الراجح المعتمد الذى يعمل عليه .

الثالث : من الذى يستحق السدس ان حجب الاخوة بالآب ؟

فكرنا - فيما سبق - أن الجمع من الاخوة والأخوات ينقضون الأم من الثلث الى السدس ، فاذا كان معهم أب حجبهم - فمن الذى ينول اليه السدس الذى نقص من الام بسبب وجود الاخوة ؟

قال جمهور الصحابة والفقهاء : ان الاخوة والأخوات الذين يحجبون الأم من الثلث الى السدس لا يستحقون شيئاً بوجوب الآب ، وحينئذ فالآب يأخذ الباقي كله بعد سدس الأم . وروى عن ابن عباس قولان : أحدهما القول المشهور عنه وهو أن السدس الذى حجبته عنه الأم يكون للاخوة - لأنهم انما حجبوها عنه ليأخذوه ، وليس من المعقول أن تنقص هى ، ويزيد هو بوجودهم ، وغير الوارث لا يحجب - كما اذا كان الاخوة أرقاء أو مخالفين للميت فى الدين . واستدل

أيضا - لابن عباس - بما رواه طاوس مرسلا - من أنه عليه الصلاة والسلام - أعطى الاخوة السدس مع الأبوين (١) - والقول الآخر المروي عنه - مثل قول الجمهور إذا كان الاخوة أشقاء أو لأب ، أما إذا كانوا اخوة لأم - فانهم يأخذون ما حجبوا عنه الأم ، لأن الأب لا صلة له تربطه بهؤلاء الاخوة ، فلا يصح أن يستفيد من وجودهم (٢) -

ورأى الجمهور أقوى وأرجح للأسباب الآتية :

(أ) ما يفيد قوله تعالى : « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فان كان له أخوة فلأمه السدس » - فان المراد من صدر الكلام - أن لأمه الثلث والباقي للأب - فكنا الحال في آخره ، كأنه قيل : فان كان له أخوة ، وورثه أبواه فلأمه السدس ، ولأبيه الباقي -

(ب) ما قيل ان غير الوارث لا يحجب - انما ينطبق على من لا يرث أصلا لقيام مانع من موانع الارث : من رق أو اختلاف دين اذ يعتبر غير موجود أما الاخوة والأخوات - فهم وارثون في حق الأم ، وان حجبوا بالأب في صورة النزاع - والشرط في الحاجب أن يكون وارثا في حق من يحجبه ، وهذا الشرط يتحقق في حالة وجود الاخوة مع الأبوين -

(ج) روى عن طاوس أنه قال : لقيت ابن رجل من الاخوة الذين أعطاهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - السدس مع الأبوين ، وسألته عن ذلك فقال : كان ذلك وصية - وهذه الرواية تعتبر خجة أخرى لمذهب الجمهور - اذ لا وضعية لوارث -

(د) ما استظهره السجواني - في شرحه على السراجية في فرائض الحنفية - من عدم صحة ما روى عن ابن عباس في قوله المشهور عنه - لأنه يوافق الصديق في حجب الجد للأخوة - فكيف يقول بآرائهم مع الأب ؟

(١) المصدر السابق -

(٢) كتاب أحكام التركات والوارث للعالم الجليل الأستاذ أبو زهرة - هامش

ص ١٥٧ ، طبعة ١٩٤٩ -

الرابع : الغراوان أو العمريتان

أشرنا - فيما ذكرناه من أحوال الأم - الى أن هناك صورتين أو مسألتين (١) تلقبان بالغراوين ، أو العمريتين : الأولى : اذا توفيت امرأة عن زوج ، وأم وأب •

والثانية : اذا توفى رجل عن زوجة فاكثر ، وأم وأب • وليس حكم هاتين الصورتين متفقاً عليه ، بل فيهما ثلاثة مذاهب (٢) :

الأول : ما سبق ذكره فى الحالة الثالثة من أحوال الأم - وهو أن لها ثلث الباقي فى الصورتين من فرض أحد الزوجين ، وهو الذى قضى به سيدنا عمر رضى الله عنه - ووافقه ابن مسعود وزيد بن ثابت ، وعثمان فى رواية ، وعلى فى المشهور عنه ، وهو مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء والأئمة الأربعة (٣) ، وقال صاحب فتح القريب : انه القول الأصوب • واحتجوا له بهذه الأدلة :

أولاً : أن ظاهر القرآن يدل عليه ، وذلك لأن الله تعالى يقول : « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » - أى للأب الباقي ، وهو الثلثان فجعل الميراث بينهما أثلاثاً ، كما جعله أثلاثاً بين الابن والبنت فى قوله : « للذكر مثل حظ الانثيين » وجعله بين الأخ والأخت أثلاثاً بقوله : « وان كانوا اخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين » ، ومعنى ذلك أن الأب والأم أخذاً المال أثلاثاً عند انفرادهما - كما فى الابن والبنت ، والأخ والأخت ، وكل ذكر وأنثى يأخذان المال أثلاثاً - يجب أن يأخذوا الباقي بعد فرض الزوجية أثلاثاً كذلك ، كالأخ والأخت لغير أم ، وكما لو اجتمع الأبوان مع بنت (٤) •

(١) عند تحرى الدقة فى التعبير - يفضل اعتبارهما صورتين لا مسألتين اذ يمكن اعتبارهما مسألة واحدة ذات صورتين •

(٢) فتح القريب والسراجية •

(٣) بداية المجتهد وفتح القريب واحكام القرآن للجصاص •

(٤) المصدر السابق وشرح السبتي على الرحيبة •

ثانيا : أن معنى قوله تعالى : « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » : هو أن للأم ثلث ما ورثه الأبوان ، سواء أكان جميع المال أم بعضه ، وذلك لأنه لو أريد ثلث الأصل لكفى في البيان أن يقال : « فان لم يكن له ولد فلأمه الثلث » . ويلزم — على ارادة ثلث الأصل — أن يكون قوله : « وورثه أبواه » — خاليا عن الافادة .

واذا قيل ان الآية تحمل على ما اذا لم يكن للميت ورثة سوى الأبوين فقط — أجيب بأنه ليس في العبارة ما يدل على حصر الارث فيهما . وان سلم بذلك فلا دلالة في الآية حينئذ على صورتى النزاع — لا نفيا ولا اثباتا .

ثالثا : أن مقتضى القياس ألا يزيد نصيب الأم على نصف نصيب الأب — لأن الأبوين في الأصول كالابن والبنت في الفروع ، وذلك لأن السبب في وراثة كل من الذكر والأنثى واحد ، وكل واحد منهما يتصل بالميت بلا واسطة — فيجمل ما بقى من فرض أحد الزوجين بينهما أثلاثا — كما في حق الأبوين اذا انفردا بالارث ، وبهذا لا يزيد نصيبها على نصف نصيب الأب ، كما هو مقتضى القياس . ويؤيد هذا المعنى أن الأصل الغالب في الميراث أنه اذا اجتمع ذكر وأنثى من درجة واحدة أن يكون للذكر ضعف ما للأنثى (١) فلو جعل للأم ثلث الأصل في الصورتين — لكان نصيبها ضعف نصيب الأب مع الزوج ، وقريبا منه مع الزوجة ، فلم يفضل عليها بالتضعيف .

واذا قيل ان القياس والأصل منتقضان فيما اذا وجد مع الأبوين فرع وارث مذكر ، فانهما يتساويان لأخذ كل منهما السدس — فانه يجاب عن ذلك بأن القياس ترك في هذه الصورة — للنص من جهة ، ولوجود الابن المقدم في

(١) خوفاً ذلك الأصل في أولاد الأم لأن ارثهم بالرحم المجرد ، فالقربة التي يرثون بها قرابة أنثى فقط ، وهم فيها سواء ، فلا معنى لتفضيل ذكرهم على أنثاهم — بخلاف قرابة الأب ، كذلك النص القاضى بتوريثهم ظاهر في التسوية بينهم . « تراجع كتب الميراث ، وأعلام الموقعين » .

المصوبة على الأب ، من جهة أخرى ، ولأن الأصل لا ينافي خروج فرد عنه - لدليل - كما خرج عنه الاخوة للأم (١) . وفي احكام القرآن لابن عربى المالكي ما يبين الحكمة فى ذلك اذ ورد به : « قال علماؤنا : سوى الله سبحانه وتعالى بين الأبوين مع وجود الولد ، وفاضل بينهما مع عدمه فى ان جعل سهميهما للذكر مثل حظ الانثيين ، والمعنى فيه انهما يدلان بقربة واحدة . وهى الأبوة ، فاستويا مع وجود الولد ، فان عدم الولد فضل الأب الأم بالذكورة والنصرة ووجوب المثونة عليه ، وثبتت الأم على سهم لأجل القرابة » .

رابعا : ما قاله صاحب فتح القريب : من أنه يجوز أن يحتج للمسألتين باتفاق الصحابة - رضى الله عنهم - على اعطائها ثلث الباقي فيهما ، وذلك قبل اظهار ابن عباس الخلاف فى ذلك ، ولكن دعوى الاجماع يصح أن تكون محل بحث ونظر .

ومقتضى الأصل الذى ذكرناه فى الدليل الثالث يوجب اعطاء الأم ثلث جميع المال - لو كان مكان الأب جد لكونها أقرب منه ، وهو رأى جمهور الفقهاء ومذهب ابن عباس أيضا ، وإحدى الروایتين عن المصديق رضى الله عنه . لكن أيا يوسف خالف فى ذلك ، وقال ان لها مع الجد أيضا ثلث الباقي ، وهى الرواية الأخرى عن أبى بكر رضى الله عنه ، كما روى ذلك أيضا عن عمر وابن مسعود ، فانهما ما كانا يفضلان الأم على الجد (٢) - قال المسجاوندي فى شرح السراجية : فعلى هذه الرواية (٣) جعل الجد كالأب ، فيعصب الأم كما يعصبها الأب . ووجه الرواية الأولى هو أن تركنا ظاهر قوله تعالى : « فلأمه الثلث » فى حق الأب ، وأولناه بما

(١) السجاوندى فى شرح السراجية ، وكتاب فتح القريب.

(٢) راجع تبين الحقائق ج ٦ ص ٢٣١ من طبعة ١٣١٥ هـ ، وشرح السراجية للسجاوندى .

(٣) يريد الرواية الأخرى عن أبى بكر رضى الله عنه .

ذكر كيلا يلزم تفضيلها عليه مع تساويهما في القرب ، وقد
تأيد ذلك بقول أكثر الصحابة ، ولا كذلك في حق الجسد ،
فإننا نجرى النص على ظاهره بدون تأويل - بعدم التسوي
في القرب * ولا يمتنع تفضيل الأنتى على الذكر مع التفاوت
في الدرجة والقرب - كما إذا ترك الميت زوجته واحتا شقيقة
واخا لاب : فإن للزوجة الربع ، وللاحت النصف ، وبلاخ
الباقى ، وهو الربع ، ولأن للام حقيقة الولاد ، كما للاب ،
فيعصبها . والجبد له حكم الولاد لا حقيقته ، فلا يعصبها ،
اذ لا تعصيب مع الاختلاف في السبب » .

المذهب الثاني : مذهب ابن عباس رضي الله عنهما - أن
للزوجة والزوجة ميراثهما ، وللأم ثلث اصل التركة في
الصورتين ، وللأب ما بقي - قل أو كثير - لأنه عاصب ،
وهذا القول قد روى عن علي وعن معاذ رضي الله عنهما ، وبه
قال شريح القاضي وداود شيخ الظاهرية ، وابن سيرين في
أحدى الروايات عنه وجماعة ، واختاره الشيعة الامامية (١) .

وقد استدلل لهذا المذهب - بثلاث حجج :

الأولى : أن الله - تعالى - جعل للأم - أولا سببى التركة
كلها مع الولد بقوله « ولأبويه لكل واحد منهما السببى مما
ترك إن كان له ولد » ، ثم ذكر أن لها مع عدم وجوده الثلث
يقوله : « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأبويه الثلث » ،
فيفهم منه أن المراد ثلث اصل التركة أيضا وبذلك يكون
الله - سبحانه - قد جعل للأم فرضين : الثلث والسببى ،
فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس ، وهو ثلث الباقى بعد
فرض أخيه الزوجين - كما يقول الجمهور ، ولهذا روى عن
ابن عباس أنه قال : لا أحد في كتاب الله تعالى - ثلث ما يقى .
الثانية : أن سهام ذوى الفرائض كلها - مقدرة بالقياس

(١) الجزء الثانى من بداية المجتهد (ميراث الأم) ، وأحكام القرآن للراى المعروف
بالمصنف ج ٢ ص ١٠١ طبعة ١٣٤٧ هـ . وكتاب أحكام التركات للعالم الجليل الأستاذ
أبو زهرة .

إلى أصلها بعد الوصية والدين فلزم أن يكون الأمر كذلك
بالنسبة للأم .

الثالثة : ما دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام . « الحقوا
الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » من إعطاء دوى
الفروض فروضهم كامله من أصل المال ، وإعطاء العاصب
الباقى بعدهم ، ولا شك أن الأم ذات فرض مسمى ، وإن
الأب عاصب ، والعاصب ليس له فرض محدود مع دوى
الفروض ، بل له الباقي ، وهو يقل ويكثر - فإذا أعطينا
الأم ثلث الباقي فى الصورتين - نقصنا فرضها المقدر لها فى
كتاب الله تعالى لنزيد فى نصيب العاصب الذى ليس له
إلا ما يبقى بعد أخذ أصحاب الفروض - ففروضهم كاملة
بمقتضى الحديث المذكور - قال ابن قدامة فى المغنى : والحجة
مع ابن عباس ، لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على خلافه
فى الغراوين .

وناقش الجمهور أدلة المذهب الثانى ، فقالوا بالنسبة
للأثر المروى : أن العسوبة لم تتمحض فى الأب ، وقالوا فى
الآية : أن الله تعالى جعل للأم ثلث ما ترثه هى والأب - عند
عدم الولد والاختوة ، لا ثلث الكل بقوله « وورثه أبواه فلأمه
الثلث » أى ثلث ما يرثانه . والذى يرثانه مع أحد الزوجين
هو الباقي من فرضه . ولأنها لو أخذت ثلث الكل يكون
نصيبها ضعف نصيب الأب مع الزوج ، وقريباً من نصيبه مع
الزوجة ، مع أن النص يقتضى تفضيله عليها بالضعف إذا لم
يوجد الولد والاختوة . ولهذا قال ابن مسعود فى الرد على ابن
عباس : ما أرانى الله تفضيل الأنثى على الذكر ، وقال زيد :
لا أفضل الأنثى على الذكر ، ومرادهما : عند الاستواء فى
القربة والقرب . وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل
الأنثى على الذكر (١) . وقد سبق بيان ذلك .

(١) راجع فتح القريب ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٣١ طبعة سنة ١٣١٥ هـ .

المذهب الثالث : قول ابن سيرين من التابعين ، في أشهر الروايات عنه ، وهو رأى أبى بكر الأصم من علماء الحنفية : ان للأم مع الزوج ثلث ما يبقى من فرضه ، ولها مع الزوجة ثلث الأصل فهذا القول يوافق مذهب الجمهور في الصورة الأولى ، ويوافق مذهب ابن عباس في الصورة الثانية .

وحجة هذا القول أن الأصل اعطاء الأم - كما يدل على ذلك ظاهر النص - ثلث المال كله عند عدم الولد والاخته ، ولكن ترك هذا الأصل في الصورة الأولى ، لوجود مانع وهو ما يترتب على إعطائها ثلث الكل من أخذها ضعف الأب ولا ضرورة تدعو الى ترك هذا الأصل في الصورة الثانية . لأنها لو أخذت ثلث المال كله - فنصيبها لا يزال أقل من نصيب الأب . وتوضيح وجه التفرقة بين الصورتين ، على هذا القول ، أنه لو جعل لها مع الزوج ثلث جميع المال ل زاد نصيبها على نصيب الأب لأن المسألة حينئذ من ٦ لاجتماع النصف والثلث : فيكون للزوج ثلاثة ، وللأم اثنان على ذلك التقدير ، فيبقى للأب سهم واحد وفي ذلك تفضيل الأنثى على الذكر ، وإذا جعل لها ثلث الباقي بعد فرض الزوج كان لها سهم واحد ، وللأب سهمان ، وثلث الباقي في الحقيقة هو سدس التركة كلها ، وقد عهد فرضا لها ، كما اذا وجد معها ولد أو جمع من الاخوة .

وليس الأمر كذلك اذا وجدت مع الزوجة : فانها اذا أخذت ثلث الأصل لم يلزم ذلك التفضيل لأن المسألة من ١٢ - لاجتماع الربع والثلث ، ويكون للزوجة ثلاثة أسهم ، وللأم أربعة ، ويبقى للأب خمسة ، فلا تفضيل لها عليه ولو أعطيت الأم فيها ثلث الباقي ، لكان في الحقيقة ربعا ، وهو لم يفرض لها أصلا ، من أجل ذلك افترقت الصورتان ، وكان لكل منهما حكم (١) .

(١) وما ينبغي أن يلاحظ فيذكر - أن لابن سيرين ثلاث روايات في الفرائض : أحدها وهي المشهورة عنه أن للأم ثلث الباقي مع الزوج ، وثلث الكل مع الزوجة ، والثانية : عكس هذا القول والثالثة أنه مثل قول ابن عباس « راجع فتح القريب ، وأحكام القرآن للرازي » .

وقد نوقش هذا القول ، وزد عليه بما يأتي :

أولاً : ان ابن سبرين ، ومن وافقه ، قد أحدثا بهذا القول ، قولاً ثالثاً ملففاً من القولين السابقين المرويين عن الصحابة ، وهى مسألة أصولية ، خلاصتها : أنه اذا اختلفت الصحابة فى مسألتين على قولين : فذهبت طائفة فيهما الى حكم وطائفة الى حكم آخر فيهما ، فهل يجوز لمن بعدهما ان يحدث قولاً ثالثاً ملففاً منهما ، بأن يقول بقول احدى الطائفتين فى مسألة منهما ، ويقول الطائفة الاخرى فى المسألة الثانية ؟
والذى عليه الاكثرون القول بالمنع ، فان ذلك يعتبر مخافة لما اجتمع عليه الصحابة من عدم التفريق بينهما ، ومن التسوية بينهما فى الحكم ، وذلك باعطاء الام ، اما تلت الباقي فى المسألتين ، كما هو الرأى الأول ، واما تلت الكل فيهما ، كما هو الرأى الثانى .

ثانياً : ما ذهب اليه الجمهور من ان قاعدة الباب : اما مساواة الذكر للأنثى ، واما ان يكون له ضعف ما لها ، وكلاهما مفقود فى مسألة الزوجة (١) .

والرد على المذهب الثالث يهدين الوجهين — لا يخلو من دفع وعدم تسليم ممن يقول به : فالاعتراض على ابن سبرين — فى تفرقة بين الصورتين — بمخالفة ما اجتمع عليه الصحابة — ليس بقوى ، ولا فيه منقح لأنه فى احدى الصورتين « وهى التى فيها الزوج » وافق الجمهور ، فلا يصح حينئذ ان يقال انه خالف الاجماع فيها ، وفى الصورة الأخرى (وهى التى فيها الزوجة) وافق ابن عباس رضى الله عنه ، فالاعتراض عليه فيها ، على فرض التسليم به — كما يوجه إليه ، يوجه الى ابن عباس ، على أنه مما سبق — قد علمت أن المنع من احداث قول ثالث — ليس أمراً متفقاً عليه . ثم ان دعوى الاجماع ، فى الصورتين ، مع وجود خلاف ابن عباس فيهما ، محل بحث ونظر ، وهو ، رضى الله

(١) راجع فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب ج ١ ص ١٩ ، ٢٠ طبعة سنة

عنه ، حبر هذه الأمة ، وترجمان القرآن ، ودليل التأويل ،
فالصورتان بناء على هذا يصح أن تكونا من المسائل الداخلة
فى باب البحث والاجتهاد بين العلماء ، وإن كان لقول
الجمهور قيمته واعتباره •

كذلك الوجه الثانى الذى اعترض به على المذهب الثالث
— غير مسلم به من أصحاب هذا رأى « لأن تلك القاعدة
التي أشاروا إليها لا تنطبق — فى نظرهم — على توريث الأب
مع الأم ، وإنما هى فى توريث الذكور مع الاناث ان كانوا
من جنس واحد ، ومع مراعاة الشروط الأخرى — كالإبناء
مع البنات وكالاخوة الأشقاء مع الأخوات الشقيقات ، أو
الاخوة لأب مع الاخوات لأب •

٥ — نظرة عامة :

بالرجوع الى ما سبق بيانه — يتضح أن لكل قول من
الآقوال الثلاثة — فى الغراوين — حجته ووجهة نظره
المقبولة فى الجملة ، وإن كان كل منها من الوجهة النظرية —
لم يسلم من النقد •

وعلى الرغم من قوة رأى الجمهور — بما ساقوه من أدلة
وحجج عقلية وعقلية وهو الذى أخذ به قانون الميراث — قد
يوجه اليه بالنسبة للصورة الثانية — أنه لا يوجد ما يوجب
أن يكون نصيب الأم دائماً على النصف من نصيب الأب :
فقد تأخذ مثل نصيبه إذا وجد معها فرع وارث مذكر أو
بنتان فأكثر ، وليس أرثهما — فى الغراوين — على الرأى
الراجح من تخريج العلماء (١) ولا فى غيرهما مبنياً على
التعصيب — حتى يلزم أن يأخذ الأب ضعف ما تأخذه الأم ،
وإنما الأم صاحبة فرض فى كل حال — فلا يعصبها الأب ،
ولا حظر فى إعطاء الأم ثلث الكل فى هذه الصورة لأن
نصيبها سيكون أقل من نصيب الأب •

(١) مبقى بيان ذلك عند ذكر احوال الأم •

ويوجه الى مذهب ابن عباس أن فى اعطائها ثلث الكل فى الصورة الأولى - ما ينافى روح النصوص ومعقولها : لأنه سيترتب عليه أن تأخذ الأم ضعف الأب - وليس من المعهود شرعا ، ولا مما يجرى على القواعد العامة فى الميراث أن تأخذ الأم ضعف ما يأخذه الأب -

ويوجه الى القول الثالث أن الأم - فى صورة انزوجه - تأخذ قريبا من نصيب الأب - مع أن ظاهر قوله تعالى : « فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلأمه الثلث » - يوحى بان الأب يأخذ الثلثين ، وهو ضعف ما تأخذه الأم إذا لم يوجد ولد ولا جمع من الاخوة -

وإذا كان يطلب إلينا - مع هذا كله الترجيح بين القولين الأول والثانى فقط - فنحن نرجح القول الاول ، وهو رأى الجمهور - ودليل رجحانه واضح مما سبق ذكره -

أما إذا كان لا بد من المقابلة والموازنة بين الأقوال الثلاثة مع ترجيح أحدها - فإن النفس قد تطمئن وتميل الى رأى الفائل باعطائها ثلث الكل مع الزوجة ، وثلث الباقي مع الزوج ، ويعتبر ذلك وسطا بين مذهب الجمهور ومذهب ابن عباس - رضى الله عنهم أجمعين ، والله أعلم بالصواب -

المسألة المشتركة

١ - من القواعد المعروفة فى الميراث - أنه إذا اجتمع أصحاب فروض وعصبة ، واستغرق أصحاب الفروض التركة - لم يأخذ العاصب شيئا ، لعدم وجود باق يأخذه ، وترتب على ذلك أنه فى بعض الصور - عند اجتماع الاخوة لأم والاخوة الأشقاء يأخذ الأولون نصيبهم من التركة فى حين أن الاخوة الأشقاء لا يأخذون شيئا لعدم وجود ما يبقى لهم بعد أن استغرقت الفروض التركة -

وهذا إذا توفيت امرأة عن زوج وأم أو جدة وأخوين فأكثر لأم ، وأخ شقيق وحده أو مع غيره من الأشقاء - سواء أكان معه أو معهم أخت شقيقة أو أكثر ، أم لم يكن - فان

الفروض فيها استغرقت التركة : اذ للزوج النصف ، وللأم
السدس ، وللأولاد الأم الثلث . فالقياس الظاهر الا يشاركونهم
فيه العصبية من الأشقاء ، بل يسقطون لاستغراق الفروض .
وهذا هو المروى عن علي وأبي بن كعب وأبي موسى الأشعري ،
واحدي الروايتين عن زيد ، وابن عباس ، وابن مسعود -
رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي وابن أبي ليلى وأبو ثور
وداود ، وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل .

وقضى بعدم التشريك عمر في أول عام من خلافته ،
فلما نزلت ثاني عام اراد القضاء بمتل ذلك ، فاحتج عليه
الشقيق بأن الاخوة لام ، انما ورثوا الثلث بأمهم ، وهي
أمي ، هب (١) أن أبانا كان حمارا ، أو حجرا ملقى في
اليم ، أليست الأم تجمعنا ، فأشرك بينهم ، فقيـل له : انت
قضيت في أول عام بخلاف هذا ، فقال : تلك على ما قضينا ،
وهذه على ما نقضى ، ولم ينقض أحد الاجتهادين بالآخر .

والتشريك مروى عن عثمان ، وعن ابن عباس ايضا ،
وهو أشهر الروايتين عن زيد ، وهو قول شريح وسعيد بن
المسيب وابن سيرين وطاوس والثوري ومالك والشافعي ،
فقالوا لا يشارك أحد من العصباء اهل الفروض في فروضهم
الا أولاد الأب والأم ، فانهم يشاركون أولاد الأم في فرضهم
- في هذه المسألة .

٢ - وحجتهم أن الأشقاء يشاركون الاخوة لأم في
السبب الذي يستحقون به الارث ، وهو الادلاء بالأم ، فوجب
ألا ينفردوا بالثلث دونهم . ومن ثم تعرف أن ثلث التركة
يقسم بين الاخوة لأم والأشقاء بالسوية ، كأنهم كلهم أولاد
أم ، فلا يفضل الذكر من الأشقاء على الأنثى منهم -
لاشتراكهم في القرابة التي ورثوا بها ، وهي بنوة الأم ،
فميراثهم بالفرض لا بالتعصيب (٢) .

(١) وقيل ان زيد بن ثابت هو الذي قال له : هب أن أبانا كان حمارا ، ما رادهم

الأب إلا قريبا .

(٢) صرح بذلك صاحب منح الجليل في فقه المالكية ، وكذا في شروح الرحيبة ، وكتاب

شرح الترتيب :

وتسمى هذه المسألة - عند المالكية والشافعية - المشتركة -
بفتح الراء - أى المشترك فيها ، وبالكسر - على نسبة
التشريك اليها مجازا ، وتعرف بالمشاركة أيضا ، لما فيها من
التشريك ، وتلقب بالحمارية - لقول الأشقاء : هب أن أبانا
كان حمارا • وتلقب أيضا بالحجرية وباليمية - لقولهم -
هب أن أبانا كان حجرا ملقى فى اليم ، قيل وتسمى المنبرية
لأن عمر رضى الله عنه سئل عنها ، وهو على المنبر •

وحجة القائلين بعدم التشريك انه الموافق للأصل فى
العصبة ، وهو سقوطهم عند استغراق الفروض التركة ،
وقوله - صلى الله عليه وسلم : « الحقوا الفرائض بأهلها »
ومن شرك لم يخلقها بأهلها ، ولأن الاعطاء يكون بنص ،
ولا نص يعطى الثلث للأخوة لأم وللأشقاء معا • ويدفع هذا
بأن اشراك الأشقاء انما هو باعتبار الغناء قرابة الأب فى
حقهم ، حتى لا يفضل الأخوة لأم عليهم ، ولذلك كان ميراثهم
فى هذه المسألة بالفرض لا بالتعصيب •

وأقوى حجة لهؤلاء أن الأخوة لأم لو كانوا مائة لا يزدادون
على الثلث اجماعا ، فكذا لا ينقصون منه ، ويؤيده قول
الجميع فى زوج وأم وأخ لأم وعشرة أخوة أشقاء - أن الأخ
لأم يختص بالسدس ، وكذا فى زوج وأخ لأم وعشرة أخوة
أشقاء أو أكثر • ويلزم من شرك أن يسوى بينهم فى المسألتين
السابقتين ، كما سوى فى الحجرية لأن الأم تجمعهم ، ولورود
حجة الشقيق المذكورة فيها ، وقد أجاب ابن المسدنى المالكي
عن ذلك بأن التشريك فى الحجرية انما هو استحسان لأنه لم
يفضل للشقيق فيها شيء أصلا ، بخلاف غيرها •

٣ - شروطها :

ولكونها مشتركة - عند القائلين بالتشريك - أربعة
شروط : الأول أن يكون فيها زوج ، والثانى ذو سدس من
أم أو جدة ، والثالث : تعدد الأخوة لأم - اثنان فأكثر ، فلو
لم يكن فيها زوج أو ذو سدس ، أو كان ولد الأم واحدا -
لبقى شيء للشقيق ، فلا تشريك ، وكذلك لو لم يكن فيها

أولاد أم • الأربع : وجود شقيق واحد أو متعدد ، فلو كان بدل الشقيق فيها شقيق واحد - فرض لها وغالت يمثل نصفها لتسعة ، أو شقيقتان فأكثر - فرض لهما أو لهن ، وغالت لعشرة ؟ وتسمى البليجاء من البليج وهو الظهور ، لظهور الحكم فيها ، وجريها على القواعد - بخلاف الحمارية • ولو كان فيها بدل الشقيق أخ لأب ، أو أخوة لأب - فأنهم لا يرثون ، ولا يشاركون ولد الأم - لعدم وجود الرحم الموجب للاشتراك • ولو كان بدل الشقيق أخت أو أخوات لأب - فرض لها أو لهن ، وغالت لتسعة أو عشرة ، فلو وجد مع الأخوات لأب أخ لأب - سقطن معه ، إذ لا يفرض لهن معه ، ولا تشريك ، ولهذا يسمى الأخ المشئوم (١) •

ونحن نؤيد القول بالتشريك بقوة حجته ووضوح عدالته ، وهو أشبه بالاستحسان - كما قال ابن المدنى - والقياس الخفى ، لما فيه من مراعاة الوصف المشترك بين الأشقاء وأولاد الأم ، وهو بنوة الأم ، فورثوا بهذا الاعتبار • أما القول بنفى التشريك فهو أشبه بالقياس الظاهر العام الذى يطبق فى العصبية عامة إذا استغرقت الفروض المشتركة •

٤ - وجود الجد فى المشتركة : إذا كان فى المشتركة المذكورة جد - سقط به أولاد الأم اتفاقا ، وكذا الأخوة الأشقاء عند المالكية • وعلى هذا فللزوجة عندهم النصف ، وللأم السدس ، وللجد وحده الباقي وهو الثلث ، ولا شيء للأشقاء ، فخالف مالك فى هذه المسألة أصله من أن الجد لا يحجب الأخوة الأشقاء ولا الأخوة لأب • وحجته أنه لما حجب الأخوة للأم عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الأشقاء - كان هو أولى به ، والشقيق إنما يرث فى المشتركة بأخوة الأم ، وهؤلاء لا يرثون مع الجد اتفاقا •

(١) وبعض الكتب اعتبرت هذه الفروض. أركانها لأنها جرت فيها على ذكر الورثة أنفسهم فقالت : وأركانها أربعة زوج وهو سدس من أم أو جدة ، وإثنان فأكثر من أولاد الأم ، وعصبة شقيق •

وعند زيد ، وهو رأى الشافعى : للزوج النصف ، وللأم
السدس ، ولا شيء لأولاد الأم . أما الجدة فإن كان معه شقيق
واحد . استوى بالنسبة اليه المقاسمة والسدس ، فله سهم
من ستة ، وللشقيق سهم منها . وإن كان معه اثنان فأكثر
من الأشقاء تعين للجدة السدس لأنه أحظ ، والباقي للأشقاء
— تطبيقا لقاعدة توريث الجد مع الاخوة عند الشافعية .

كذلك لو كان — يدل الأشقاء فى هذه — اخوة لأب —
فان الخلاف يجرى بين الشافعية والمالكية — على احدى
الروايتين عن مالك — وحجة المالكية على هذه الرواية ان
الجد يقول : لو لم أكن موجودا لم يكن لكم فى الشركة
شيء ، فأنا أختص بما حجب عنه ولدنى الأم ، وهو الثلث .
أما الرواية الثانية عن الامام مالك فانها كمذهب الشافعى .

وابن يونس من المالكية لم يوافقهم على ذلك ، وقال :
الصواب أنه يرث معه الأشقاء أو الاخوة للأب — لأنهم يقولون
للجد : أنت لا تستحق شيئا الا شاركناك فيه ، ولا تحتج
علينا بأنك لم تكن ، فانك كائن . ولولزم هذا فى الجد —
لزم فى البنيتين وبنت الابن وابن الابن (١) .

٥ — المعمول به الآن فى محاكم الأحوال الشخصية بمصر:

كان المتبع فى مصر والمعمول به فى محاكمها الشرعية —
التي حل محلها الآن بعد توحيد المحاكم « دوائر الأحوال
الشخصية » ان الاخوة الأشقاء ، أو الاخوة والأخوات
الشقيقات لا يأخذون شيئا فى المسألة المشتركة التي مضى
القول فيها — اتباعا لمذهب الحنفية القائل بعدم التشريك .

فلما صدر قانون المواريث المصرى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣
— عدل عن مذهب الحنفية ، وجاءت المادة العاشرة منه

(١) راجع فيما سبق : شرح الرحبية لسيوط الماردينى وحاشية البقرى عليه ، وشرح
السبتي ، وفتح القريب للجيب بشرح كتاب الترتيب ، ومنع الجليل ، وحاشية ابن الدنى
على الزرقانى ، وبداية المجتهد .

متضمنة قسمة الثلث الذى هو فرض أولاد الأم - عليهم وعلى
الاخوة الأشقاء ذكورا واناثا بالسوية بين الجميع - لا حرق
بين الذكر والانثى منهم ، وقد وضحت المذكرة التفسيرية
ذلك مبينة مسوع هذا العدول - فقالت : دعا للأخذ بهذا
المذهب والعدول عن مذهب الحنفية القاضى بعدم استحسان
الاخوة الاشقاء شيئا ، وبانفراد الاخوة لام بالثلث - ان
المصلحة تقضى بعدم سقوطهم ، وبإهدار قرابة الأب ،
وتوريثهم بقرابة الأم - مادام لم يبق لهم شيء يرتونه
بالتعصيب ، والا كانت قوة قرابتهم مدعاة لحرماتهم من
الميراث مع اعطائه للأضعف قرابة ، وهم الاخوة لام * وهذا
هو نص المادة العاشرة : « لأولاد الأم فرض السدس للموحد ،
والثلث للثنتين فأكثر ، ذكورهم واناثهم فى القسمة سواء »
وفى الحالة الثانية اذا استغرقت الفروض التركة - يشارك
أولاد الأم - الأخ الشقيق أو الاخوة الأشقاء بالانفراد ، أو
مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعا على
الوجه المتقدم » *

أحكام الجد الصحيح والأخوة

عند اجتماعهم فى الميراث

١ - مقدمة :

الجد الصحيح هو الذى لا يدخل فى نسبته الى الميت أنثى ، فان دخل فى نسبته اليه أنثى كأبى الأم - كان جدا فاسيدا ، وهو من ذوى الأرحام .

والجد الصحيح - يحجب بالأب ، باتفاق العلماء لأن الأب أصل فى قرابة الجد الى الميت ، وهو - عند فقهاء الأب - مثل الأب - فى جميع أحكامه فى الميراث ؛ فيرث بالفرض فقط ، وهو السدس - اذا كان مع الفرع الوارث المذكر ، وبالفرض والتعصيب معا - مع الفرع الوارث المؤنث ، وبالتعصيب فقط اذا لم يكن معه فرع وارث أصلا . ويستثنى من ذلك ست مسائل :

الأولى : أنه اذا كان مع الجد أخوة لأبوين ، أو لأب - فليس حكم الجد معهم حكم الأب - لأن الأب - يحجبهم اجماعا ، لأدلائهم به ، فهو أقرب منهم ؛ والجد يقاسمهم - على رأى بعض الأئمة ، والفقهاء - لكونهم يساؤونه فى القرب ، لأن الجد والأخوة يتلون الى الميت بالأب ، فلذلك يقاسمونه - على تفصيل واختلاف ، سيذكرهما بعد . وعلى رأى بعضهم الآخر يقوم الجد مقام الأب فى حجبهم .

الثانية : أجدى الغراوين ، وهى أبوان وزوج : فللأم

فيها ثلث الباقي بعد فرض الزوج ، ولو كان بذل الأب فيها جد - كان للأم معه ثلث جميع المال .

الثالثة : ثمانية الغراوين ، وهى أبوان وزوجة فاحتر : فللام فيها ثلث الباقي بعد ربع الزوج ، ولو كان فيها بدن الأب جد - كان للام معه ثلث الجميع أيضا . فليس الجد شبيهها بالأب فى هذه المسائل الثلاث - لانه لا يساوى الأب فى ادلائه الى الميت بنفسه . وخالف فى المسالتين الثانية والثالثة أبو يوسف ، فانه قال : ان الجد مثل الأب فيهما ، فتأخذ الأم ثلث الباقي كما اذا وجد الأب .

الرابعة : ان الاخوة لغير ام وبنيتهم يحجبون الجد فى باب الولاء - بخلاف الأب (١) .

الخامسة : أن الأب يحجب أم نفسه . ولا يحجبها الجد .

السادسة : أن جمع الأب بين المرض والتعصيب - فى حالة وجود فرع وارت مؤث - لا خلاف فيه ، حتى نقل ابن قدامة الاتفاق عليه ، وإن كان بعضهم نقل فيه خلافا عن بعض الصحابة ، ففى نحو بنت وأب : يرث الأب السدس فرضا ، والباقي بعد فرضه وفرض البنت - تعصيبا - بلا خلاف . ولو كان الجد له - فكذلك على الرجاء ، وقيل إنه يأخذ جميعه تعصيبا ، فخالف الجد الأب فى جريان الخلاف .

وقد يقول قائل : هل لهذا الخلاف ثمرة ؟ قالوا ان ثمرته تظهر فى تصحيح المسألة ، كما فى بنت وجد : فمن قال انه يرث السدس فرضا والباقي تعصيبا - يعتبر أصلها من ستة ، ومن قال انه يرث الكل تعصيبا - يعتبر أصلها من اثنين ، كما تظهر أيضا فيما لو أوصى بثلث الباقي بعد أصحاب الفروض - فعلى جعله كالأب تكون الوصية بثلث

(١) وهذا على حسب ما ذكرته كتب الفرائض - عند الشافعية - كحاشية البقرى على شرح الرحبية ، وفتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب . لكن هذا الحكم : ليس متفقا عليه بين الفقهاء - فانه لو ترك للمعتق بفتح التاء جد المعتق بكسر التاء وأخاه - كان الولاء كله للجد عند أبى حنيفة . وعند صاحبين : الولاء بينهما نصفان - راجع السراجية .

الثلث الباقي ، وعند من لم يجعله كالأب - تكون الوصية
بثلث النصف الباقي بعد فرض البنت (١) .

وجاء في السراجية - في فرائض الحنفية - أن من
الفروق بين الأب والجدة عند أبي يوسف في قوله الأخير -
أن المعتق بفتح التاء لو ترك ابن معتقه وأباه كان للأب
سدس الولاء ، وللأب الباقي ، وعند أبي حنيفة ومحمد :
الولاء كله للأب (٢) ، وهو مذهب الشافعي ، والقول الأول
لأبي يوسف . ولو كان مكان الأب جد فالولاء كله للأب
بالاتفاق - فهذه المسألة لا يظهر فيها فرق بين الأب والجدة
إلا على رأي أبي يوسف الأخير .

ومما اتفق عليه العلماء أن الأب - في الميراث يحجب
الأخوة والأخوات سواء أكانوا أشقاء أم لأب ، أم لأم ، وقد
سبق تعليل ذلك .

أما الجدة فانه كالأب في حجب الأخوة للأم باجماع
الفقهاء - لأنهم من قبيل الكلالة (٣) ، وقد اشترط في ارتها
عدم وجود الولد والوالد اجماعا ، ولقول الله تعالى : « وإن
كان رجل يورث كلاله أو امرأة ، وله أخ أو أخت فلكل واحد
منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في
الثلث » وهذه الآية قد أجمع العلماء على أن المراد بالأخوة
والأخوات فيها - أولاد الأم ، ومعنى الكلالة فيها - كما ورد
في الاثر - من ليس له ولد ولا والد ، وولد الابن داخل في
الولد ، والجدة داخل في الوالد . وحينئذ فلا يرث لأولاد الأم
مع هؤلاء ، ومعنى ذلك أن الأب أو الجد يحجب الأخوة لأم ،
كما يحجبهم الفرع الوارث .

(١) راجع في ذلك حاشية البقري على المارديني صفحة ١٩ ، ٢٠ طبعة صبيح ، وفتح
الغريب ص ٣٠ ، ٣٣ طبعة سنة ١٣٤٥ هـ .

(٢) راجع علة كل من الرأيين في شرح السراجية للسجائدي .

(٣) لفظ الكلالة في الأصل : معناه الأعمى وذهاب القوة ، ثم استعملت لقرابة من
عند الولد والوالد كأنها كالة ضعيفة بالقياس إلى قرابه الولد ، وتطلق أيضا على من لم
يخلف ولدا ولا والدا ، وعلى من ليس بولد ولا والد من المخلعين - راجع شرح السراجية
للسجائدي ، هذا ويسمى الأخوة والأخوات للأم - بنى الأخياف .

فاذا اجتمع الجد مع الاخوة والأخوات لأب وأم ،
ويسمون بنى الأعيان أو مع الاخوة والاخوات لاب . ويسمون
بنى العلات - سواء أكانوا ذكورا ، أم اناثا ، أم مختلطين -
فان الأئمة والفقهاء من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم
من أئمة الاجتهاد قد اختلفوا فى شأنهم على قولين :
الأول : أن الجد يقوم مقام الأب أيضا فى حجبهم
فلا يرثون معه ، كما لا يرث معه أولاد الأم .
الثانى : أن الجد لا يقوم مقام الأب فى حجبهم ، فهم
يرثون معه على تفصيل سنذكره بعد .

٢ - القائلون بالرأى الأول والقائلون بالرأى الثانى

اختلف العلماء من الصحابة والتابعين ، وغيرهم -
رضوان الله عليهم أجمعين - فى مسألة الجد مع الاخوة من
بنى الأعيان أو العلات ، لأنه لم يرد فيهم شيء صريح من
الكتاب ولا من السنة ، وانما ثبت حكمهم باجتهاد الصحابة
والتابعين ، ومن تلاهم من أئمة العلم والفقه .

فمذهب أبى بكر الصديق رضى الله عنه ، ومن وافقه من
الصحابة كابن عباس وابن الزبير ، وعائشة ، وعبد بن
الصامت . وأبى بن كعب ، ومعاذ بن جبل وأبى موسى
الأشعرى وأبى الدرداء - أنهم لا يرثون مع الجد ، كما
لا يرثون مع الأب ، وبه قال عطاء وقتادة ، وطاوس ، والحسن
البصرى وسعيد ابن جبير ، وابن سيرين ، وهو رأى الامام
أبى حنيفة ، وداود وابن جرير الطبرى . واختاره من
أصحاب الشافعى المزنى وأبو ثور ، وابن سريج وابن اللبان
وأبو منصور البغدادى - فالجد - على مذهب هؤلاء يسقط
الاخوة والأخوات مطلقا كالأب ، وهذا الرأى هو المفتى به
فى مذهب الحنفية . واختار أبو حنيفة قول الصديق
رضى الله عنه لأنه ثبت على قوله ولم تختلف الرواية عنه .
وقال على وابن مسعود وزيد بن ثابت - رضى الله عنهم -

ان الاخوة من الأبوين أو من الأب لا يسقطون بالجد ، وهم يرثون معه على تفصيل وخلاف بينهم ، وبذلك قال الشعبي وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وسفيان الثوري . ومذهب الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعي وأحمد هو مذهب الامام زيد ، ووافقهم على ذلك محمد وأبو يوسف صاحب الامام ابي حنيفة (١) .

هذا - وقد اختلفت الآراء وتعددت في موضوع ارث الاخوة مع الجد حتى ناقض بعضها بعضا ، وحتى قال بعض (٢) المؤلفين في الفرائض : « هذا الباب خطير جدا » ومن ثم كان الصحابة - رضى الله عنهم يتوقون الكلام فيه : فعن عمر رضى الله عنه : « أجروكم على قسمة الجد أجروكم على النار » وعن علي كرم الله وجهه : ان من سره أن يفتح جرائيم (٣) جهنم فليقض بين الجد والاخوة ، عن عمر نحوه ، وروى عن ابن مسعود - رضى الله عنه : « سلونا عن عضلكم واتركونا من الجد ، لا حياه الله ولا بياه » واضطربت الأقوال المروية عن عمر فيه ، ولما طعنه أبو لؤلؤة وأشرف على الموت - قال للناس : « احفظوا عني ثلاثة : لا أقول في الكلالة شيئا ، ولا أقول في الجد شيئا . ولا أستخلف عليكم أحدا » .

كذلك توقف بعض العلماء في مسألة الاخوة مع الجد . وامتنع جماعة عن الفتوى فيها ، وقال محمد بن سلمة يقضى فيها بالصلح ، وقال محمد بن الفضل البخارى يدفع الى الجد السدس لأنه هو الذى اجتمعت عليه الصحابة . ويصالح عن الباقيين . وتعددت الأقوال حتى قال أحد العلماء . حفظت في الجد سبعين قضية يخالف بعضها بعضا (٤) وحكى ابن حزم عن بعض الصحابة تقديم الأخ على الجد ، وبه قال الدبوسى من الحنفية . وهذا القول - ان صح - لا يقدر في الاجماع على

(١) حاشية البقرى على شرح الرحبية للامام سبط الماردينى ، ثم كتاب فتح القريب .

(٢) هو صاحب فتح القريب .

(٣) البرثومة : الأمل .

(٤) راجع شرح السراجية للسجاولدى (باب مقاسمة الجد) .

عدم سقوط الجد بالاخوة • لجواز حدوثه بعده • ولأن أئمة الأصول وغيرهم على أن القول بسقوط الجد بالاخوة يستلزم أحداث قول ثالث بعد الاتفاق على قولين : تقديم الجد ، والمشاركة ، وذلك ممتنع • وحجة هذا القول ، على ضعفها - أن الأخ فرع الأب ، والجد أصله - فكان الأخ أقوى لأن البنوة أقوى من الابوة (١) وضعف هذه الحجة ظاهرة لأن البنوة التي هي أقوى من الابوة - إنما هي بنوة الميت نفسه لا بنوة أبيه •

والخلاصة أن أشهر الأقوال في ميراث الاخوة مع الجد - هما القولان اللذان سبق ذكرهما : أحدهما يقول بتقديم الجد وحجبه للاخوة كالأب ، والآخر يقول بالمشاركة ، وهذه هي حجج كل من الفريقين •

٣ - أدلة الفريق القائل بالحجب

احتجوا بوجوه منها :

الوجه الأول : أن الجد بمنزلة الأب لاتفاقهما في المعنى ، إذ كل منهما أب للميت ، وقنابة كل منهما قرابة ايلاد وبعضية وليست كذلك القرابة التي بينه وبين أخيه ، ولذلك سمى الجد أباً في اللغة والقرآن والسنة - ألا ترى الى قول الله تعالى على لسان يوسف : « واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحق ويعقوب » وقوله « كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم واسحق » • وقوله « وما جعل عليكم في الدين من حرج - ملة أبييكم ابراهيم » ، وفي الحديث « ارموا بني اسماعيل ، فإن أباكم كان رامياً » - فاذا حجب الأب الاخوة لزم أن يحجبهم الجد أيضاً لأنه أب •

الثاني : أنه بمنزلة الأب أيضاً لاتفاقهما في كثير من الأحكام كعدم ثبوت الخيار للصغير أو الصغيرة عند البلوغ

(١) فتح القريب بشرح كتاب الترتيب « فصل في أحكام الجد الصحيح وإن علا » ص ٤٦ طبعة سنة ١٣٤٥ هـ •

إذا زوجها الجد ، كذلك لا ولاية للأخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالأب ، ولا يقتل الجد بولد الولد ، وهو مثل الأب أيضا في عدم قبول الشهادة ، وفي عدم جواز دفع الزكاة اليه ، وفي أن حليلة كل من الجد وولد الولد تحرم على الآخر حرمة مؤبدة ، ولا كذلك حليلة الأخ ، وفي سقوط القطع في السرقة - كما أنه مثل الأب في حجب أولاد الأم ، ويقوم مقامه عند فقده في ميراثه مع البنين ، وفي أنه عاصب مع ذوى الفرائض (١) .

وهذه الأحكام ترجح أن يكون الجد بمنزلة الأب في اسقاطه الاخوة والأخوات ، وإن كانوا أشقاء أو لأب .

الثالث : - أن نسبة الجد الى الأب في العمود الأعلى كنسبة ابن الابن اليه في العمود الأسفل ، وذلك لأن الجد يدلى الى الميت بأبيه ، وابن الابن يدلى اليه بابنه - فإذا نزل ابن الابن منزلة الابن في اسقاط الاخوة وغيره - فليكن أبو الأب - مثله منزلا منزلة الأب في ذلك . وقد روى هذا التوجيه عن ابن عباس ، فانه قال : « ألا يتقى الله زيد بن ثابت ؟ : يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أبا الأب أبا » وقد يجاب عن ذلك بأن الاخوة انما حجبوا بالأب لادلائهم به ، وهو منتف في الجد (٢) .

الرابع : - أن الجد اما أن يكون بمنزلة الأخ الشقيق أو الأخ لأب ، أو دونهما ، أو فوقهما - فإذا كان كالشقيق لزم أن يحجب الأخ للأب ، وإن كان كالأخ للأب لزم أن يحجبه الشقيق . وأن كان دونهما - لزم أن يحجبه كل منهما ، وكل باطل - فتعين كونه فوقهما - فيلزم أن يحجبهما .

الخامس : - أن الجد يحجب الاخوة للأم بالاجماع كالأب - فلو قام الجد مقام الشقيق - لم يحجب الاخوة للأم ، ولو

(١) شرح السراجية للسجاوندى ، وبداية المجتهد لابن رشد .

(٢) فتح القريب .

كان الشقيق بمنزلة الجد لحجب الاخوة للأم كالجد -
فمن جعل الجد بمنزلة الأخ فقد ناقض - ويمكن ان يجاب عن
ذلك بأنه لا يلزم من جعل الشيء كالشيء أن يساويه في جميع
الأحكام ، ويكفى في كون الجد كالشقيق أنه لا يحجبه أخ ،
وأنه يحجب بنى الاخوة والأعمام وبنيتهم ، وأنه يقاسم
الاخوة كما يقاسم الشقيق الاشقاء (١) .

٤ - أدلة الفريق الناقض بتوريث الاخوة مع الجد

احتج هذا الفريق أيضا بوجوه - منها :

الأول : - أن الجد والأخ الشقيق أو لأب يستويان في
سبب الاستحقاق والقربة الى الأب ، فان كلا منهما يدلى الى
الميت بالأب - اذ الجد أبو أبي المتوفى ، والاخوة والاخوات
أولاد أبيه - فكان من العدل أن يشتركا في ارثه ، ولا نص
يدل على الحجب كالنص بالنسبة للاخوة للأم ، وليست قرابة
الجد بأقوى من قرابة أبناء الأعيان ، وأبناء العلات -
فلا موجب لحجب الجد لهم . ولا كذلك أولاد الأم لأن قرابة
الجد أقوى من قرابتهم ، وقد علم ذلك من الآية التي عرضت
لبيان ارثهم .

الثاني : - أنه لم يرد نص صريح بحكم ميراث الجد اذا
اجتمع مع الاخوة والأخوات لأبوين أو لأب ، ولم يأخذ الجد
حكم الأب - عند فقده - في جميع أحكامه ، بل اختلفا في
بعضها كما في الغراويين . وقد أشبه الجد الأخ في بعض
الأحكام - ومن ذلك ما ذكره صاحب السراجية من أنه اذا
كان للصغير جد وأم - فان نفقته تكون عليهما أثلاثا على
اعتبار الميراث ، كما على الأخ والأم ، كذلك لا تجب صدقة
الفطر للصغير على الجد ، والصغير لا يصير مسلما باسلام

(١) المصدر السابق .

الجـد ، واذا أقر بنافلة وابنه حى - لا يثبت النسب بمجرد
اقراره ، وغير ذلك • وحينئذ فلا مرجح للجـد على الاخوة
والأخوات المذكورين •

الثالث : - أن ولد الأب يدلى بالأب فلا يسقط بالجـد
كأم الأب •

الرابع : - أن الأخ يعصب أخته ، فكان كالابن فى أن
كلا منهما ذكر يعصب اخته ، ولا كذلك الجـد فكان أقوى ،
وكما أن الجـد لا يحجب الابن - كذلك لا يحجب الاخوة •

الخامس : - أن فرع الأخ (ابن الأخ) يسقط فرع
الجـد (العم) ، وقوة الفرع تدل على قوة الأصل ، والأول
يدلى بالاب والثانى يدلى بالجـد •

السادس : ما روى عن زيد - رضى الله عنه - من تشبيه
الجـد بساق الشجرة وأصلها ، والأب بغصن منها ، والاخوة
بمروع من ذلك الغصن - فان كل فرع أقرب الى الآخر منه
الى أصل الشجرة - ألا ترى أنه اذا قطع أحد الفرعين امتص
الآخر ما كان يمتصه المقطوع ، ولم يرجع الى الساق • كذلك
روى عن على رضى الله عنه تشبيه الجـد بالبحر أو النهر الكبير ،
والأب بخليج منه ، والميت وأخيه بالساقيتين من الخليج ،
ولا شك أن الساقية الى الساقية أقرب منها الى البحر - ألا
ترى أنه اذا سدت احدهما - أخذت الأخرى مامها ، ولم
يرجع الى البحر •

السابع : أن الأخ فرع الأب ، والجـد أصله - فكان الأخ
أقوى لأن البنوة أقوى من الابوة • واذا كان الأخ أقوى وجب
أن يسقط الجـد به • الا أن الاجماع صمدنا عن ذلك ،
فلا أقل من ألا يسقط بالجـد (١) •

وبالنظر الصحيح فى تلك الوجوه - يستبين عدم قوتها
وبعد الاقتناع بها فيما عدا الوجهين الأول والثانى • وما

(١) راجع فتح القريب ، والسراجية •

ذكر في الوجه الرابع من قياس الأخ على الابن - فساد ظاهر
اذ ليست العلة في عدم حجب الجد لابن ما ذكر في هذا الوجه
حتى يصح قياس الأخ عليه .

وقد ظهر من حجج الفريقين أن سبب اختلاف الأئمة
والفقهاء من الصحابة والتابعين وسائر المجتهدين - في
مسألة الجد مع الاخوة : تعارض الأحكام والأقيسة - على
ما بينا من قبل .

٥ - المنتصرون لكل من الفريقين

(أ) وقد انتصر للرأى الثانى القائل بتوريثهم مع
الجد : الأئمة الثلاثة ، والصاحبان من الحنفية ، ونخص
بالذكر من هؤلاء الامام الشافعى رضى الله عنه : فقد قال في
رسالته ما خلاصته : « أليس يقول الجد أنا أبو الميت ، ويقول
الأخ أنا ابن أبى الميت ، فكلاهما يدلى بقراءة الأب ، والأب
الذى يدلى كلاهما به : قرابته بالأخ كونه ابنه ، وقرابته
بالجد أنه أبوه ، والابن مقدم فى الاستحقاق على الأب اذ
يأخذ أكثر منه ، واذا كان كذلك فقراءة الأخ أقوى من قرابة
الجد . ولو كان أحدهما محجوبا بالآخر - لكان يحجب الجد
بالأخ . ولولا اجماع الصحابة على أنه يرث مع الاخوة
لحجبه - ثم أيد حجته هذه بحجة أخرى - هي أن ميراث الاخوة
ثابت فى الكتاب ، ولا ميراث للجد فى الكتاب ، وميراث الاخوة
أثبت فى السنة من ميراث الجد .

كذلك انتصر لهذا الرأى المشرع المصرى فى قانون
المواريث الجديد رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بعد أن كان المتبع فى
التشريع المصرى قبل صدور هذا القانون - العمل بمذهب
الامام أبى حنيفة وبعض فقهاء الصحابة من أن الجد
كالأب فى حجب الاخوة الأشقاء أو لأب ، فعدل عن هذا الرأى
فى القانون الجديد : حيث أخذ برأى من قال من فقهاء
الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة - بتوريث هؤلاء الاخوة.

مع الجد . ولكن المذكرة التفسيرية للقانون لم تتجه في ترجيح هذا الرأي إلى الأدلة المشهورة والحجج الماثورة عن القائلين بتوريث الاخوة مع الجد ، بل استندت الى ظهور المصلحة في الأخذ بهذا الرأي فقالت : « كثيرا ما يموت الشخص حال حياة أبيه ، فيرثه والده وأولاده ، ثم يموت أحد هؤلاء الأولاد عن جده واخوته ، فيحجب الجد الاخوة ، ولا يأخذ أحد منهم شيئا ، مع أن الجد يكون غنيا ، فاذا مات ترك لأولاده جميع ماله بما في ذلك ما أخذه عن أولاد ابنه ، وبذلك ينفرد أولاد الجد بجميع ماله ، ولا يأخذ أولاد ابنه شيئا منه ، فكان الأخذ بغير المذهب الذي كان معمولاً به رعاية لهؤلاء الاخوة الذين لا يتألون شيئا من تركه جدهم (١) » . ومن الواضح أن هذه الحالة التي ساقتها المذكرة التفسيرية غير مطردة ، فقد تتحقق حيناً ، وربما لا تتحقق حيناً آخر ، ولذلك كان يجدر بواضعي تلك المذكرة أن يستندوا فيما اختاروه من رأى الى أساس ثابت يصح تحقيقه في جميع الأحوال .

(ب) وانتصر للرأى الأول من الأئمة الأربعة الامام أبو حنيفة ، كما انتصر له ابن رشد في الجزء الثانى من كتابه « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » والامام ابن القيم في الجزء الأول من كتابه « اعلام الموقعين » وردا على المخالفين له .

وخلاصة ما قاله ابن رشد أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض القياس في هذا الباب ، وأنه اذا قيل : « أى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى ؟ » - كان قياس من ساوى بين الأب والجد هو الأرجح - لأن الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة ، واذا لم يحجب الابن الجد ، وهو يحجب الاخوة - فالجد يجب أن يحجب من يحجبه الابن .

(١) المذكرة التفسيرية لقانون الموارث عند شرحها للمادة ٢٢ منه .

والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وإنما هو مشارك
له فى الأصل ، والأصل أحق بالشئ من المشارك له فى
الأصل •

كذلك لا معنى لقول من قال : ان الأخ يدلى بالبنوة ،
والجد يدلى بالأبوة : فان الاخ ليس ابنا للميت ، وإنما هو
ابن أبيه ، والجد ابو ابي الميت • والبنوة انما تكون أقوى
فى الميراث من الابوة اذا كانت فى المورث نفسه • أما البنوة
التي تكون لأبى المورث فليس يلزم أن تكون فى حق المورث
أقوى من الابوة التي تكون لأبيه — لأن الابوة التي لأبى
المورث أبوة ما وان بعدت • أما بنوة الأب فليست ببنوة ما
للمورث — لا قريبة ولا بعيدة • فالقول بأن الأخ يدلى
بالبنوة ، والجد يدلى بالابوة مغالطة واضحة •

وبالجملة : الأخ لاحق من لواحق الميت ، وكأنه أمر
عارض • والجد سبب من أسبابه ، والسبب أملك للشئ من
لاحقه (١) • وقياس الأخ على الابن — فساد ظاهر •

أما ابن القيم فقد انتصر أيضا لمذهب الصديق ومن
وافقه من الصحابة — رضى الله عنهم أجمعين — القائل بأن
الجد يحجب الاخوة مطلقا • واستدل على ذلك بعشرين وجها
— مما يدل على رسوخ ملكته ، وفواق حجته فى التشريع ومن
هذه الوجوه :

الأول : دلالة القرآن على ذلك القول : ووجه هذه الدلالة
قوله تعالى : « يستفتونك ، قل الله يفتيكم فى الكلالة : ان
امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت — فلها نصف ما ترك ،
وهو يرثها ان لم يكن لها ولد » — الى آخر الآية — فلم يجعل
للاخوة ميراثا الا فى الكلالة • وقد اختلف الناس فى الكلالة ،
والكتاب يدل على قول الصديق : انها ما عدا الوالد والولد :
فانه سبحانه قال فى ميراث ولد الأم : « وان كان رجل يورث

(١) بداية المجتهد ج ٢ (ميراث الجد) •

كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ،
فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث » - فاذا كان
وجود الجد مع الاخوة للأُم لا يدخلهم في الكلالة ، ويمنع
صدق اسمها على الميت أو عليهم أو على القرابة ، ويترتب
على ذلك حجبهم من الميراث - فكذاك وجوده مع ولد الأب
يمنع من تحقق الكلالة وصدق اسمها ، وينفى عنهم الكلالة ،
فلا يرثون معه . والا كان هذا تفريقا محضا بين ما جمع
الله بينه .

الثانى ان ولد الولد يخرج المسألة عن كونها كلالة
لدخوله فى قوله (ليس له ولد) ونسبة ابي الأب الى الميت
كنسبة ولد ولده اليه - فكما أن الولد وان نزل يخرج المسألة
عن الكلالة ، فكذاك أبو الاب وان عازى ولا فرق بينهما ابنة .
الثالث : - أن الله - سبحانه - سمي الجد أبا فى قوله
تعالى : « ملة أبييكم إبراهيم » ، وقوله « كما أخرج ابيكم
من الجنة » وسمى ابن الأبن ابنا - كما فى قوله : « يا بنى
آدم » « يا بنى اسرائيل » وكذا فى قول النبى صلى الله عليه
وسلم « ارموا بنى اسماعيل ، فان أباكم كان راميا » والأبوة
والبنوة من الأمور المتلازمة المتضايفة يمتنع ثبوت أحدهما
بدون الآخر ، وعلى ذلك يمتنع ثبوت البنوة لابن الابن الا مع
ثبوت الأبوة لأبى الأب .

الرابع : - أن الجد لو مات ورثه بنو بنيه دون اخوته
باتفاق الناس - فهكذا الأب اذا مات - يرثه أبو أبيه دون
اخوته - وهذا معنى قول عمر لزيد - رضى الله عنهما - :
كيف يرثني أولاد عبد الله دون اخوتى ، ولا أرثهم دون
اخوتهم - فهذا هو القياس الجلى والميزان الصحيح الذى لا
تطغيف فيه .

الخامس : - أن قاعدة الفرائض وأصولها تقضى بأن
قوة القرابة المدلية بواسطة - اذا كانت من جنس قرابة
الواسطة تكون أقوى مما اذا اختلف جنس القرابتين ، وبعبارة

أخرى : المعروف فى باب الفرائض أن القرابة التى هى من جنس واحد أو القرابة البسيطة وان بعدت أقوى من القرابة المركبة من جنسين وان قربت *

ومما لا شك فيه أن قرابة الجد قرابة بسيطة - من جنس قرابة الواسطة- المدلية بها ، وهى قرابة الأبوة ، ولا كذلك قرابة الأخوة ، فانها قرابة مركبة من جنسين ، وهى بنوة الأبوة - وعلى ذلك فقرابة أبوة الأبوة وان علت أقوى من قرابة بنوة الأب وان قربت * وقد ظهر اعتبار هذا فى تقديم جد الجد وان علا على ابن الأخ وان قرب لأن القرابة التى يدلى بها الجد من جنس واحد وهى الأبوة - والقرابة التى يدلى بها الأخ وبنوه من جنسين - وهى بنوة الأبوة ولهذا قدمت قرابة ابن الأخ على قرابة ابن الجد لأنها قرابة بنوة أب ، وتلك قرابة بنوة أبى أب *

السادس : - أن الجد أب فى باب الشهادة والقصاص ، والمنع من دفع الزكاة اليه ، وفى سقوط القطع فى السرقة ، وأب - عند الشافعى - فى باب الاجبار فى النكاح ، وفى الرجوع فى الهبة وفى اسلام ابن ابنه - تبعاً لاسلامه - ، وهو أب - عند الجميع - فى باب الميراث - عند عدم الأب - فرضاً وتعصياً ، فى غير محل النزاع - فما الذى أخرجه من أبوته فى باب الجد والاخوة ؟

السابع : أن الجد يقوم مقام الأب فى التعصيب ، ويقدم على كل عصة ، يقدم عليه الأب - فما الذى أوجب استثناء الاخوة خاصة من هذه القاعدة *

ان كان الموجب لذلك قوتهم - وجب تقديمهم عليه ، وان كان مساواتهم له فى القرب * وجب اعتبارها فى بينهم وآبائهم لاشتراكهم فى السبب الذى اشترك فيه هو والاخوة وهذا اعتراض يصعب دفعه من المخالف *

الثامن : ما ورد عن النبى - صلى الله عليه وسلم - من قوله : « الحقوا الفرائض بأهلها - فما بقى فلاولى رجل»

ذكر « - فإذا ماتت المرأة عن زوجها وأمها وأخيها الشقيق وجدها ، وأردنا معرفة استحقاق كل واحد منهم فى تركتها - بالاستناد الى دلالة الكتاب والى هذا الحديث - كان واجبا أن نعطي الزوج النصف ، والأم الثلث ، ثم نعطي الباقي وهو السدس لأولى رجل ذكر : فإن كان هو الأخ كان أحق بالسدس الباقي وحده ، وإن كان الأخ والجد سواء فى الأولوية - وجب اشتراكهما فيه ، وإن كان الجد أولى رجل ذكر وجب أن ينفرد بالباقي - بالنص .

التاسع : أن تمثيل الأخ والجد بالشجرة التى خرج منها غصنان ، وبالنهن الذى خرج منه ساقيتان - باطل ، لأنه يتنافى مع قاعدة الفرائض التى شرحناها فى الوجه الخامس ، لأن أصل الشجرة أولى بغصنها من الغصن الآخر ، والنهن الأعلى أولى بالجدول من الجدول الذى اشتق منه : فإن هذا صنوه ونظيره الذى لا يحتاج اليه ، وذلك أصله وحامله الذى يحتاج اليه . واحتياج الشيء الى أصله أقوى من احتياجه الى نظيره ، فأصله أولى به من نظيره - على أن قياس القرابة على القرابة ، والأحكام الشرعية على مثلها أولى من قياس قرابة الأدميين على الأشجار والأنهار - مما ليس فى الأصل حكما شرعيا .

العاشر : أن القائلين بتوريث الاخوة مع الجد لم يقولوا فى التوريث قولا يدل عليه نص ولا اجماع ولا قياس - مع تناقضهم واختلاف أقوالهم : فإن من المورثين من يزاحم به الى الثلث ، ومنهم من يزاحم به الى السدس ، وليس فى الشريعة من يكون عصبته يقاسم عصبته نظيره الا الجد ، ثم يفرض له بعد ذلك : فلم يجعلوه مع الاخوة عصبته مطلقا ، ولا إذا فرض مطلقا ، ولا قدموه عليهم مطلقا ، ولا ساووا به مطلقا . ثم فرضوا له سدسا أو ثلثا بغير نص ولا اجماع ولا قياس . ثم فى رأى بعضهم حسبوا عليه الاخوة من الأب ، ولم يعطوهم شيئا إذا كان هناك اخوة لأبوين . ثم

جعلوا الأخوات معه عسبة الا فى صورة واحدة - فرضوا فيها للأخت ، ثم عادوا فأخذوا فرضها وأخذوا ما أصابه الجد - فقسموه بينهما للمذكر مثل حظ الأنثيين *
أما المقدمون للجد على الاخوة فقد سلم رأيهم من هذا كله .

الحادى عشر : - ان من القائلين بتوريث الاخوة مع الجد - من يتضمن قوله تعصيب الجد للأخوات، وهو تعصيب الرجل جنسا آخر - ليس من جنسه * وهذا لا أصل له فى الشريعة - انما يعرف فيها تعصيب الرجال للنساء اذا كانوا من جنس واحد - كالبنين والبنات ، والاخوة والأخوات * ولا ينتقض هذا بالأخوات مع البنات - فان الرجال لم يعصبوهن ، وانما عصبن مع البنات ، ولم تشترك البنات معهن فى الارث بالتعصيب * ولما كان تعصيب البنين أقوى كان الميراث لهم دون الأخوات - بخلاف قول من عصب الأخوات بالجد فانه عصبهن بجنس آخر أقوى تعصبا منهن * وهذا لا عهد له فى الشريعة البتة (١) .

هذه خلاصة أدلة من انتصر للرأى الأول * ومع ما فيها من استقصاء وقوة ، ودفع لحجج الرأى الثانى - لا نستطيع اغفال ما فى الرأى المقابل من قوة ومراعاة لمصلحة راجحة ، قد تتحقق بتوريث الاخوة مع الجد .

ولهذا نرى تقارب الرأىين من حيث الاختيار والترجيح ، وأن ايثار أحدهما على الآخر يرجع فيه الى استفتاء النفس واطمئنانها الى مراعاة الأحوال المختلفة ، واذا كان لابد من نوع من الترجيح فنحن نميل الى الرأى الأول * ونرى مع ذلك - اذا أختير فى التشريع أن يحتاط - مراعاة للرأى الثانى ، ولحق الاخوة - فتقدر وصية واجبة لهم اذا كانوا محتاجين ، على أن يراعى فى تقديرها - القدر المستحب المروى عن السلف (٢) .

(١) اعلام الموقعين ج ١ من ص ٣٢٧ الى ص ٣٣٤ من الطبعة المتبرية .

(٢) سبق بيان ذلك فى مبحث الوصية .

٦ - طرائق التقسيم على الرأى الثانى

اتفق الأئمة الثلاثة على بن أبى طالب ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود - رضى الله عنهم - على توريث الاخوة مع الجد - على ما أسلفناه من قبل - ولكنهم اختلفوا فى طرائق التقسيم ، ونحن مبينون لك - فيما يلى - طريقة كل منهم •

أ - طريقة الامام على فى توريث الاخوة مع الجد :

المشهور عنه أن طريقته تتلخص فى ثلاث حالات :

الاولى : أنه اذا وجد مع الجد اخوة لأب وأم ، أو لأب - سواء أكانوا ذكورا فقط ، أم ذكورا واناثا - قاسمهم الجد - كآخ ما لم تنقصه المقاسمة عن السدس ، فان نقصته عنه رد الى السدس - سواء اكان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفروض أم لا • وانما لم ينقص عن السدس لأنهم لما أجمعوا على أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئا - كان أخرى ألا ينقصه الاخوة : فاذا كان معه اخوان لأب وأم أو ثلاثة أو أربعة - فالمقاسمة خير له ، واذا كانوا خمسة - فالمقاسمة والسدس سواء ، وان كانوا ستة كان السدس خيرا له ، وهكذا •

الثانية : أن يكون مع الجد أخت أو أخوات ، وفرع وارث مؤنث - كبنت أو بنت ابن • وفى هذه الحالة تصير الأخوات عصبية مع الفرع الوارث المؤنث ، ويفرض للجد السدس (١) • وقد يترتب على ذلك أنه فى بعض الصور تأخذ الأخت أكثر من الجد - كما فى بنت وأخت شقيقة وجد : فان للبنت النصف ، وللجد السدس ، وللأخت الباقي ، وهو الثلث •

(١) ورد فى بعض الكتب أن سبب إعطاء الجد السدس فى هذه الحالة أن عليا رضى الله عنه - يرى أن الجد لا يجمع الفرض والنصيب - راجع أحكام التركات للأستاذ محمد أبو زهرة ص ١٥٨ طبعة ١٩٤٩م • والظاهر أنه عدل عن توريثه بالنصيب أيضا فى هذه الحالة - لأن الأخوات مرن عصبية مع البنات ، فاقصرت على الارث بالفرض • ولا يقال : لماذا لم يعصب هو الاخوات - لأن من أصول طريقة على أن الجد لا يعصبهن •

الثالثة : أن يكون مع الجد أخت أو أخوات منفردات ، وليس معهن أخ ولا فرع وارث مؤنث . وفي هذه الحالة - يرى أن الجد لا يعصب الأخوات ، بل تكون الأخت معه ، أو الأخوات صاحبات فرض ، وله الباقي - تعصيبا - بعد فرضهن - ما لم ينقص عن السدس ، فإذا كان معه أخت شقيقة وأخت لأب - فللأولى النصف ، وللثانية السدس ، وللجد الباقي .

وإذا وجدت مع الجد أخت شقيقة أو أكثر ، وأولاً أب ، سواء أكانوا ذكورا ، أم ذكورا وإناثا - أخذت الشقيقات فرضهن ، وقاسم الجد أولاد الأب ، ما لم ينقصه ذلك عن السدس - ونوضح ذلك بالمثالين الآتيين :

١ - ففي أخت شقيقة وأخ لأب وجد - تأخذ الشقيقة النصف ، والنصف الآخر بين الأخ لأب والجد - مناصفة بينهما .

٢ - وفي أم وجد وأخت شقيقة ، وأخوين لأب ، وأخت لأب - تأخذ الأم السدس ، والشقيقة النصف ، والجد السدس ، والباقي لولد الأب . وإنما أخذ الجد السدس - لأن المقاسمة مع أولاد الأب تنقصه عنه . وأصل المسألة من ستة ، ولكنها تصح من ثلاثين : للأم خمسة ، وللشقيقة ١٥ ، وللجد ٥ - ولأولاد الأب ٥ - للأخت سهم ، ولكل من الأخوين سهمان (١) .

أما إذا كان مع الشقيقة أولاد الأب الإناث - فإن ارثهن يكون من طريق الفرض ، وللجد الباقي (ما لم ينقص عن السدس) - بناء على أصل على رضى الله عنه في أن الجد لا يعصب الأخوات المنفردات .

(١) وعند الإمام زيد - كما سيأتي في طريقته - : للأم السدس ، وللجد ثلث الباقي لأنه الأخت للجد ، وللشقيقة النصف ، ولأولاد الأب الباقي - فالمسألة من ١٨ : للأم ثلاثة ، وللشقيقة تسعة ، وللجد خمسة ، ولأولاد الأب الباقي ، وهو سهم . وبما أنه لا ينقسم على خمسة عند رؤسهم - فحزب الخمسة في أصل المسألة وهو ١٨ ، فتصح من تسعين . وتسمى تسمية زيد - رضى الله عنه .

كذلك من أصول طريقته أن الأشقاء لا يعدون أولاد
الأب على الجد - إذا اجتمعوا معهم : فإذا كان مع الجد أخ
شقيق وأخ لأب كان المال نصفين بينه وبين الأخ الشقيق .
وهو بهذين الأصلين قد خالف طريقة الامام زيد التي سيأتي
بيانها - في أهم ما اشتملت عليه .

وقد لخص صاحب فتح القريب (١) رأى الامام على
فقال : مذهبه المشهور عنه : « له الباقي بعد فرض الأخوات
ان لم يكن معهن أخ - ما لم ينقص عن السدس » والا قاسم
ما لم تنقصه المقاسمة عن السدس ولم يكن أحد من البنات
أو بنات الابن - فان نقصه عنه ، أو كان الباقي بعد فرض
الأخوات أقل منه ، أو كان معه أحد من البنات أو بنات الابن
- فرض له السدس » ووافق على هذه الطريقة ابن أبي ليلى،
والحسن بن زياد ، والامامية .

هذا هو مذهبه المشهور وروى عنه كرم الله وجهه - أنه
كواحد منهم أبداً لأنه لما قاسمهم عند قتلهم ، فكذا عند
كثرتهم (٢) . وهو رأى الناصر - كما روى عنه أن الجد
يسقط (٣) الاخوة كراى أبى بكر رضى الله عنه .

(ب) طريقة الامام زيد بن ثابت :

للجد (٤) مع الاخوة حالتان أصليتان ، وتتفرع من كل
منهما حالات أخرى : الأولى : ألا يكون معهم صاحب فرض،
وحينئذ يكون للجد خير الأمرين : من ثلث المال ومقاسمة
الاخوة كأخ منهم سواء أكانوا ذكورا ، أم اناثا ، أم مختلطين

(١) ج ١ ص ٤٧ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) راجع السبتي في شرحه على الرحبية ، ونيل الأوطار ، وفتح البارى . وفتح

القريب .

(٤) ذكر السبتي في شرحه على الرحبية أن المراد من الجد - هنا هو أبو الأب وان
علا . وخالف الغزال والجرجاني في ذلك ، وقالوا : ليس لأبى الجد وان علا مع الاخوة
الا السدس فقط ، ولا يقاسم الاخوة . والذي عليه الجمهور هو الاول .

حتى يعصب اناتهم الخلص ، فيأخذ عند المقاسمة - مثل
الأنثى . أما المقاسمة فلانها الأصل في جعلهم في درجته
وأما عدم نقصانه عن الثلث فقد اختلفت عبارات العلماء
والمؤلفين في تعليقه : فعليه كما في السراجية بأنه اذا قسم
المال بين الأبوين فللأم الثلث وللأب الباقي ، وهما في الدرجة
الأولى ولما كان الجد والجدة في الدرجة الثانية وكان للجدة
السدس كان للجد ضعفه - أعنى الثلث . وضعف هذا
التعليل واضح ، وقيل في تعليقه كما في بداية المجتهد : ان
الجد يحجب الاخوة للأم ، فلا يحجب عما يجب لهم ، وفي فتح
القريب ، أن بنى الأعيان وبنى العلات لا ينقصون الاخوة
للأم عن الثلث - فمن باب أولى لا ينقصون الجد عنه لأنه
يحجبهم . وقيل لأن الجد اذا اجتمع مع البنات وحدهن
لا يأخذ أقل من الثلث فأولى أن يكون كذلك مع الاخوة
والأخوات ، ولا يخفى أن كل ما ذكر لا يسلم من النقد .

وتحت هذه الحالة ثلاث حالات فرعية :

(أ) أن تكون المقاسمة خيرا له من الثلث - وهذا اذا
كان معه من الاخوة والأخوات أقل من مثليه . وينحصر ذلك
في خمس صور ، وهن : (١) جد وأخت ، (٢) وجد وأختان
(٣) وجد وثلاث أخوات (٤) وجد وأخ (٥) وجد وأخ وأخت
- فالمقاسمة أفضل وأحظ للجد في جميعها : اذ له في الأولى
الثلثان ، وفي الثانية والرابعة النصف ، وفي الثالثة
والخامسة الخمسان ، وهي في كل صورة أكثر من الثلث .

(ب) أن يكون الثلث خيرا له من المقاسمة - وهذا اذا
زاد الاخوة على مثليه : كجد وثلاثة اخوة ، أو خمس أخوات .
ولا تنحصر صورته - لأن الزيادة غير منحصرة .

(ج) أن تستوى له المقاسمة والثلث . وهذا اذا كانوا
مثليه - وينحصر في ثلاث صور هي : (١) جد وأخوان
(٢) جد وأربع أخوات (٣) جد وأخ وأختان .

الحالة الثانية الأصلية : أن يكون مع الجد والاختوة ذو فرض أو أصحاب فروض فإن كان الباقي بعد فروضهم أكثر (أ) من السدس : فللجد الخير من أمور ثلاثة : من سدس جميع المال ، وثلث الباقي بعد فروض أصحاب الفروض والمقاسمة •

أما السدس فلأن الأولاد لا ينقصونه عنه - فالاختوة أولى - وأما ثلث الباقي فلقياسه على الام في الغراوين لأن لكل منهما ولادة ، ولم نعطه ثلث الكل - كما في الحالة الأولى لاضراره بالاختوة • والمقاسمة لنزوله منزلة الأخ على ما سبق بيانه - ويتصور في هذه الأمور الثلاثة سبعة أحوال :

(أ) أن يتعين للجد المقاسمة لأنها خير له من السدس وثلث الباقي - كما في أم وجد وأخ • وهو واضح •

(ب) أن يتعين له ثلث الباقي - كما في أم وجد وثلاثة اخوة : فأنك إذا اعتبرت الأصل ٧٢ كان للجد - على اعتبار المقاسمة ١٥ ، وعلى اعتبار السدس ١٢ ، وعلى اعتبار ثلث الباقي ٢٠ •

(ج) أن يتمين له السدس - كما في زوجة وبنيتين وجد وأخ - فأنك إذا اعتبرت الأصل ٢٤ - كان الباقي بعد الفروض ٥ - للجد منها على اعتبار المقاسمة ٢٥ ، وعلى اعتبار ثلث الباقي $1\frac{1}{2}$ - فسدس الجميع وهو أربعة خير له منهما فيأخذه •

(١) فإن لم يبق بعد لصيب ذوى الفروض أكثر من السدس - فلا شيء للاختوة - ولذلك ثلاث حالات :

الاولى : ألا يفضل الا السدس : كبنيتين وأم وجد وأخ - فيفرض للجد السدس ، ويسقط الأخ لأنه عصب لم يبق له شيء •

الثانية : أن يفضل عن الفروض أهل من السدس - فيفرض للجد السدس عائلاً : كزوج وبنيتين وجد وأخ ، ولا شيء للأخ كذلك لا مر •

الثالثة : أن تستغرق الفروض جميع المال • كزوج وبنيتين وأم وجد وأخ - فيفرض للجد السدس وتؤول الى ١٥ ، ويسقط الأخ • ومثل ذلك إذا كان في موضع الأخ في هذه الأحوال الثلاث أخت واحدة أو أكثر أو اختوة سواء كانوا ذكورا فقط أم محتلطين - فانهم يسقطون الا الأخت في الأكدرية • وستأتي •

(د) استواء المقاسمة وثالث الباقي ، وكلاهما خير من سدس المال - كما فى أم وجد وأخوين •

(هـ) استواء المقاسمة وسدس المال ، وكلاهما خير من ثلث الباقي - كما فى زوج وجدة وجد وأخ •

(و) أن يستوى ثلث الباقي وسدس المال ، وكلاهما خير من المقاسمة - كما فى زوج وجد وثلاثة اخوة •

(ز) أن تستوى (١) الأمور الثلاثة - كما فى زوج وجد وأخوين •

فاذا أضفت الى هذه الأحوال السبع الثلاث المذكورة فيما اذا لم يكن معهم ذو فرض - تمت للجد عشر حالات كاملة • ذلك - ومن تمام هذه الطريقة بحث مسألتين لا بد من الامام بهما حتى تفهم طريقة زيد بن ثابت - رضى الله عنه - على حقيقتها :

الأولى : مسألة المعادة والاضرار بالجد

وذلك أن من أصول هذه الطريقة انه اذا كان مع الجد أولاد لأبوين وأولاد لأب جميعا - فعند زيد يعد أولاد الأبوين على الجد ولد الأب فى الحساب لينقص بسببهم نصيبه - فاذا أخذ الجد نصيبه - أخذ الباقي ولد الابوين ، وسقط ولد الأب • ومعنى ذلك أن بنى العلات يدخلون فى القسمة مع بنى الاعيان - اضرارا للجد ولنقص نصيبه - فاذا أخذ الجد نصيبه فبنوا العلات يخرجون من البين خائبين بغير شيء • والباقي من المال بعد نصيب الجد لبنى الاعيان • وخالف زيدا فى هذا الأصل على وابن مسعود ، فانهما قالا : ان بنى العلات لا يعتد بهم فى المقاسمة مع بنى الاعيان • ولتوضيح طريقة زيد فى ذلك - نذكر الأمثلة الآتية :

(١) عند استواء المقاسمة وغيرها - قيل يرث الجد بها ، وقيل يرث بالفرض : فيقال له السدس أو الثلث أو ثلث الباقي • وقيل يخير المفتى ، والراجح التفسير بالفرض •

١ - ففى جد وأخ شقيق وأخ لأب - نعد الأخ لأب ،
فتستوى المقاسمة والتث للجد ، فنعطيه الثلث ، والباقى
للأخ الشقيق - لأنه لو لم يكن جد لاستقل بالجميع ، فيستقل
بالباقى بعد حظ الجد ، ويخرج الأخ لأب خائبا ، وان دخل
فى الحساب ، وتكون المسألة من ثلاثة : سهم للجد ، وسهمان
للشقيق .

٢ - وفى جد وأخ شقيق ، وأخت لأب - تكون المقاسمة
خيرا للجد ، فله سهمان من خمسة ، وللشقيق الثلاثة
الباقية ، وتسقط الأخت لأب - بعد عدها على الجد .

٣ - وفى أم وجد وأخ شقيق وأخت لأب - يكون للأم
السدس ، وللجد خمسا الباقى لأن المقاسمة خير له ، وللشقيق
الباقى ، ولا شىء للأخت للأب ، وتصح المسألة من ستة .

وانما عد الأشقاء أولاد الأب على الجد - عند الامام
زيد - لأنهم يقولون للجد : منزلتنا ومنزلتك معهم واحدة ،
فيدخلون معنا فى المقاسمة ثم يقولون لأولاد الأب : أنتم
لا تراثون معنا ، وانما دخلتم فى المقاسمة للتأثير فى الجد ،
فناخذ حقنا معكم كأن لم يكن جد ، ولأن الجد ذو ولادة ،
فحجبه أخوان : وارث وغيره ، كالأم - وانما لم يعد الجد
ولد الأم على ولد الأبوين لاختلاف الجهة (١) .

ويستثنى من سقوط أولاد الأب - ما اذا كان ولد
الأبوين شقيقة واحدة فانه اذا بقى شىء بعد مقدار فرضها
(وهو نصف الكل) ، وبعد حصة الجد وذى الفرض ان كان
- فهو لولد الأب ، والا فلا شىء له - يوضح ذلك الأمثلة
الآتية :

١ - ففى جد وأخت شقيقة وأختين لأب : المقاسمة خير
للجد لأننا نجعله كالأخ ، ونعد الأختين لأب ، فكان فى المسألة
خمس أخوات : للجد سهمان ، وللأخت الشقيقة نصف الكل :

(١) فتح القريب ج ١ ص ٥٥ .

سهمان ونصف ، فيبقى نصف للأختين لأب، وتصح المسألة من عشرين : للجد ثمانية ، وللشقيقة عشرة ، وللأختين لأب سهمان : لكل أخت سهم * وتسمى عشرينية زيد * وعند علي : للشقيقة النصف * وللأخت من الأب السدس ، والباقي للجد ، وتصح من اثني عشر *

٢ - وفي جد وأخت شقيقة وأخ لأب : يكون أصل المسألة من خمسة للجد سهمان ، لأن المقاسمة خير له من الثلث. وللأخت نصف الكل : سهمان ونصف، وللأخ من الأب الباقي : نصف سهم : وتصح من عشرة : للجد أربعة وللأخت خمسة وللأخ سهم * ولذلك تسمى عشرينية زيد - رضى الله عنه * وعلى طريقة علي - رضى الله عنه - يكون للأخت النصف ، والباقي بين الجد والأخ لأب - مناصفة بينهما (١) *

٣ - وفي جد وأخت شقيقة وأخت لأب - تكون المقاسمة أيضا خيرا للجد ، وتكون المسألة من أربعة : للجد نصفها اثنان ، وللشقيقة نصف الكل : اثنان أيضا - فلا يبقى للأخت من الأب شيء * وعند علي : للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت للأب السدس ، والباقي للجد *

٤ - وفي أم وجد وأخت شقيقة وأخ لأب : للأم السدس : سهم ، وللجد سهمان - مقاسمة - وللأخت النصف ثلاثة ، ويسقط الأخ لأب ، ولا يخفى التقسيم على طريقة علي - رضى الله عنه *

الثانية : تعصيب الجد للأخوات

كذلك من أصول طريقة زيد أن الأخت الشقيقة أو لأب - واحدة أو أكثر - لا تجعل صاحبة فرض مع الجد - في غير مسائل المعادة - على ما سبق بيانه - بل يجعلها معه عصبة الا في المسألة الأكدرية ، وهذا معنى قول بعض

(١) المصدر السابق ج ١ ص ٥٧ *

الفرضيين : لا يفرض للأخت مع الجد - فى غير القبيلين (١) -
 - الا فى الأكدرية - ففى جد وأخت واحدة أو أختين أو
 ثلاث - يقاسمهن الجد : للذكر مثل حظ الأنثيين • أما فى
 الأكدرية التى سيأتى بيانها - فانه يجعل الأخت فيها
 صاحبة فرض مع الجد ابتداء ، وان صارت عصبية انتهت (٢) •
 وهذا هو الأصل الثانى الذى يخالف به الامام زيد الامامين
 عليا وابن مسعود فى طريقة التقسيم ، وذلك لأنهما
 يقولان : ان الأخوات المفردات ذوات فرض مع الجد ،
 ولا يصرن عصبية به •

المسألة الاكدرية

الكلام فيها ينحصر فيما يأتى : ١ - صورتها ٢ - حلها
 الحسابى وتصحيحها • ٣ - أركانها - ٤ - آراء العلماء
 فيها • ٥ - المعاياة بها • ٦ - علة تسميتها بالأكدرية •
 ٧ - الأكدرية فى دائرة المعارف الاسلامية •

١ - صورتها : ان تموت امرأة عن : زوج ، وأم ،
 وجد ، وأخت لأبوين أو لأب - فللزوجة النصف : ثلاثة من
 ستة ، وللأم الثلث : اثنان ، وللجد السدس فرضا ، وهو
 السهم الباقي - فيفرض للأخت النصف لتعذر التعصيب ،
 ولا حاجب لها يسقطها فتقلب الى فرضها كالجد ، وبذلك تعول
 المسألة من ستة الى تسعة • ثم يضم سدس الجد الى نصفها •
 وبعد هذا الضم يعودان الى المقاسمة - لأنها لو استقلت بما
 فرض لها لزيد نصيبها على نصيب الجد الذى هو كالأخ ،
 ولنزل هو عن السدس ، وكلا الأمرين ممتنع ، فيتقاسمان
 نصيبهما ، وهو أربعة فللذكر مثل حظ الانثيين • ولأن أربعة
 لا تستقيم فى القسمة على ثلاثة - يضرب عدد الرعوس وهو
 ثلاثة • • لأن الجد بمنزلة أختين • • فى عول المسألة ، وهو

(١) المراد بالقبيلين : اولاد الابوين واولاد الاب (راجع مسائل العادة)

(٢) يراجع فتح القريب المجيب ج ١ ص ٥٦ طبعة سنة ١٣٤٥ هـ •

تسعة • • فيحصل سبعة وعشرون : للزوج تسعة ، وللأم ستة ، وللجد ثلاثة وللأخت تسعة • وبعد ضم نصيب الجد الى نصيب الأخت ، وتقسيم المجموع عليهما أثلاثا - يكون للجد ثمانية ، وللأخت أربعة •

وهذا اذا لم يوجد مانع من جعلها صاحبة فرض - كما هنا - أما اذا وجد مانع من ذلك - كما اذا وجدت الأخت مع بنت الابن وصارت عصبية معها فانه لا يفرض لها اذا استغرقت الفروض التركية ، أو عالت : كبنتين وأم وجد وأخت ، وكزوج وبنت وأم وجد • وأخت شقيقة أو لأب - فلا يفرض لها في الصورتين لأنها عصبية مع البنت • ولا باقى لها •

٢ - حلها الحسابى مع تصحيحها :

زوج	أم	وجد	وأخت شقيقة أو لأب
$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$
٣	٢	١	٣
جزء السهم ٣			
٩	٦	١٢	٢٧
٩	٦	٨	٤

٣ - أركان الأكدرية : هى أربعة - كما رأيت - : زوج أم وجد ، وأخت شقيقة أو لأب - فان لم يكن فيها زوج خرجت عن كونها أكدرية ، وكانت الخرقاء (١) • وان لم توجد أم لم تكن أكدرية أيضا وقاسم الجد الأخت فى الباقي

(١) وهى : أم وجد وأخت • ولقبت بذلك لتخرق أقوال المسحابة فيها ، أو لأن الأناويل خرقها بكثرتها - ان فيها ثمانية أقوال - منها مذهب زيد ، وهو رأى الجمهور : للأم الثلث ، والباقي بين الجد والأخت مقاسمة ، وتصح من تسعة • ومذهب أبى بكر الصديق ، وهو رأى الامام أبى حنيفة : للأم الثلث ، والباقي للجد ، ولا شيء للأخت • ومذهب على : للأم الثلث ، وللأخت النصف ، وللجد الباقي • ومذهب عثمان الى أن للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت مناصفة بينهما فيحصل المال بينهما أثلاثا ، لكل الثلث = ولذلك عرفت بالمثلثة •

بعد فرض الزوج لأن المقاسمة فيها أحظ له • وكذلك إذا لم يكن فيها جد ، وتفوز الأخت بفرضها عائلاً • ولو لم تكن أختاً لكانت المسألة من ستة : للزوج النصف : ثلاثة ، وللأم الثلث : اثنان ، والباقي وهو واحد للجد • ولو كان بدل الأخت أخ لسقط إذا لا فرض له ينقلب إليه ، بل هو عصبية ، ولم يبق له شيء • ولو كان بدلها أختان – فلا عول ولا أكدرية لأن المسألة من ستة : للزوج النصف : ثلاثة ، وللأم السدس : واحد ، والباقي وهو اثنان للجد والأختين • فيكون للجد واحد ، وللأختين واحد أيضاً ، وهو لا يستقيم عليهما – فتصح المسألة من اثني عشر •

٤ – اختلاف الأئمة فيها :

مذهب زيد – في الرواية المشهورة عنه – هو ما أسلفنا ذكره ، وهو رأى الشافعى ومالك والجمهور ، وروى عن زيد إسقاط الأخت – جرياً على قياس أصله ، وهو أنها عصبية ، لم يبق لها شيء • ورأى على : أن للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللأخت النصف ، وللجد السدس لأن ارثه بالتعصيب يحرمه لعدم وجود باق – وتعمل لتسعة • ومذهب أبى بكر ومن تابعه – كأبى حنيفة : حجب الأخت بالجد • • وفى شرح الترتيب ذكر أحمد مع الجمهور ، وفى شرح الماردىنى للرحبية ذكره مع أبى حنيفة (١) •

٥ – المعايير بها :

يعاى بالأكدرية : فيقال : هلك هالك ، وخلف أريعة من الورثة – أخذ أحدهم ثلث المال • والثانى ثلث الباقي ، والثالث ثلث باقى الباقي ، والرابع الباقي •

= وذهب ابن مسعود فى إحدى الروايات عنه – الى أن للأخت النصف ، وللجد الثلث ، وللأم السدس ، وكان يقول : معاذ الله أن أقفل أما على جد ، وفى رواية أخرى عنه : للأخت النصف ، والباقي بين الأم والجد نصفين ، فصح من أربعة ، ولذلك عرفت بالمريمة لأن ابن مسعود جعلها من أربعة ، وهى إحدى مربعات الخمس • فتح القريب ، وبداية المجهد •

(١) شرح الترتيب ج ١ ص ٥٣ •

والجواب : هي الأكدرية - لأن الزوج أخذ تسعة ، هي
ثلث المال ، والألم ستة هي ثلث الباقي ، « وهو ١٨ » ، والأخت
أربعة ، وهو ثلث باقى الباقي اذ هو ١٢ والجد ثمانية ، وهي
الباقي .

٦ - علة التسمية :

سميت بالأكدرية - لأنها كدرت على زيد مذهبه في
الجد - لأنه لا يفرض للأخوات معه ، ولا يعيل ، بل تسقط
الاخوة معه : اذا لم يبق شيء ، ثم جمع الفروض فقسمها على
جهة التعصيب - فخالفت الأكدرية القواعد - فهذا معنى
تكدير مذهبه ، أو لأن الجد كدر على الأخت نصيبها . وكان
ينبغي لو صح هذا التعليل أن تسمى مكدره . لا أكدرية ،
وقيل لأن امرأة من أكدر ماتت وخلفتهم ، وقيل لتكدر
أقوال الصحابة فيها لاختلافهم ، وقيل ان شخصا من هذه
القبيلة كان يحسن مذهب زيد في الفرائض - فسأله
عبد الملك بن مروان عن هذه المسألة فأخطأ في جوابها -
فنسبت اليه وتلقب في بعض كتب المالكية بالغراء لأنه ليس
في مسائل الجد ما يفرض للأخت فيها - سواها - فسميت
بذلك لظهورها من غيرة الفرس . وذكر السجائدي في شرح
السراجية أن أهل العراق يسمونها - كذلك - الغراء
لشهرتها فيما بينهم .

٧ - الأكدرية في دائرة المعارف الاسلامية :

كتب المستشرق Juynboll جوينبل كلمة عن الأكدرية
- في دائرة (١) المعارف الاسلامية - جاء فيها أنها اسم
يطلق على مسألة فقهية غويصة من مسائل الميراث الملقبة باسم

(١) تجد هذه الكلمة في العدد السابع من المجلد الثاني من ترجمة دائرة المعارف
الاسلامية ص ٤٩٠ تحت عنوان (أكذوبة) .

خاص • ثم أتى بصورتها وحلها بما لا يخرج عما قدمنا -
غير أنه لم يتحر الدقة فى نقطتين :

الأولى : نسبته الى الحنفية - بوجه عام - القول بأن الجد
حجب الأخت حجب حرمان فى هذه المسألة مع أن ذلك رأى
أبى حنيفة • أما صاحبا فرأيهما كراى الامام زيد بن ثابت -

الثانية : قوله : ان المذاهب الفقية الأخرى « يريد غير
الحنفية » ترى أن الجد والأخت فى هذه المسألة لا يعتبران من
العصيات ، بل هما ينالان النصيب الذى حدده لهما القرآن -
بنفس الطريقة التى يرث بها الزوج والأُم وهذا القول - على
اطلاقه - غير دقيق - الا على رأى على رضى الله عنه ، أما عند
الامام زيد - فعلى الرواية المشهورة عنه يفرض للأخت والجد
- ابتداء - ثم يصير الأمر الى التعصيب : وعلى الرواية
الأخرى عنه تسقط الأخت لأنها عصبية لم يبق لها شيء ، وقد
سبق بيان ذلك ، وختم الأستاذ المستشرق كلمته بقوله :

« وتختلف آراء الفقهاء فى علة تسمية المسألة
(أكدرية) فجماعة يرون أنها من الكبدرة لأن الرأى فيها
أكدر ، غير واضح ، أو لأن الأسس المسلم بها عامة ليست
واضحة فى هذه المسألة ، ويميل آخرون الى اعتقاد أن
(أكدر) اسم رجل وكل اليه عبد الملك بن مروان هذه
المسألة - على أنه لا يزال توجد تفسيرات كثيرة من هذا
القبيل » هذا وطريقة زيد - التى فصلناها فيما سبق هى
التى أخذ بها جمهور القائلين بتوريث الاخوة والأخوات مع
الجد ، ومنهم الشافعى والصاحبان من الحنفية ، ومالك •
ولم يخالف مالك زيدا الا فى فريضة واحدة هى المشتركة اذا
كان فيها جد ، وقد تقدمت •

(ج) طريقة ابن مسعود رضى الله عنه :

وافق ابن مسعود زيد بن ثابت - رضى الله عنهما - فى
أن الجد يقاسم الاخوة - ما لم ينتقص حظه من الثلث - لأنه

ان اجتمع مع البنات وحدهن لا يأخذ أقل من الثلث - فأولى
ألا ينقص عنه عند اجتماعه مع الاخوة •

ووافق عليا - رضى الله عنه فى أمرين :

الأول : - أن الأخوات المنفردات ذوات فرض مع الجد ،
ولا يعصبن به •

الثانى : - أن بنى العلات لا يعتد بهم فى المقاسمة مع
بنى الأعيان (١) ، وقد تقدم شرح ذلك كله •

موازنة اجمالية بين طريقة الامام على ، وطريقة الامام زيد
مما تقدم يتضح ان أهم الفروق بين الطريقتين يتلخص
فيما يأتى :

١ - لا يفرق على بين وجود ذوى الفروض مع الجد
والاخوة ، وعدم وجودهم ، فللجد - عنده - اما المقاسمة واما
السدس مطلقا •

٢ - لا يعصب الجد الأخوات المنفردات عنده •

٣ - بنو العلات لا يعدون فى القسمة عنده - كذلك •

٤ - ليست عنده أكدرية •

وبالموازنة بين الطريقتين يتضح أيضا أن طريقة على
أيسر المذاهب وأضبطها ، وليس فيها - فى الجملة - خرم ،
ولا خروج على الأسس التى وضعها لطريقته ، ولا تضباطها ،
وعدم تشعبها تميل الى ترجيحها ما لم يوجد ما هو أيسر منها ،
ومن ثم قال امام الحرمين :

« لولا شهادة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لزيد
بالتقديم فى الفرائض - لاقتضى الانصاف اتباع على - فى

(١) شرح السراجية للسجاوندى ، وشرح الترتيب •

باب الجَد ، فانه أنقى المذاهب ، وأضبطها وليس فيه خرم أصلاً ، ولا استحداث شيء « (١)

٧ - حكم الجد والاخوة فى قانون المواريث

سبق أن قلنا : ان قانون المواريث المصرى رقم ٧٧ لسنة ١٩٢٣ أخذ برأى القائلين بتوريث الاخوة الأشقاء أو لأب - مع الجد * أما طريقة التقسيم فى هذا القانون فقد بينتها المادة الثانية والعشرون منه ، وحصرتها فى حالتين :

الأولى : أن يقاسم الجد الصحيح الاخوة والأخوات كواحد منهم ، فيعتبر أخا ، الا اذا حرمه ذلك أو نقصه عن السدس ، فيكون له السدس فرضاً - وذلك اذا كان من معه من الاخوة والأخوات الأشقاء أو لأب يرثون بالتعصيب - كما اذا كانوا ذكورا فقط ، أو ذكورا وإناثا ، أو إناثا عصبن مع الفرع الوارث من الإناث - كالبنت أو بنت الابن - ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوباً من الاخوة أو الأخوات لأب (٢) - يوضح ذلك الأمثلة الآتية :

١ - فى جد وأختين شقيقتين ، وأخوين شقيقين - يعتبر الجد كأخ شقيق ويكون الميراث بينهم للذكر منهم مثل حظ الأنثيين تعصيباً *

٢ - وفى جد ، وأخت شقيقة وأخ لأب - يكون للشقيقة النصف ، وللجد والأخ لأب النصف الباقي مناصفة بينهما : لكل الربع تعصيباً *

٣ - وفى جد وبنت وأخ شقيق وأخت شقيقة : للبنت النصف فرضاً ، والباقي بين الجد والأخ الشقيق والأخت الشقيقة - للذكر منهم مثل حظ الأنثيين *

(١) راجع الجزء الأول من فتح القريب للجيب « أحكام الجد الصحيح » *

(٢) كما هو رأى الامام على كرم الله وجهه *

٤ - وفي زوج وبنيتين وجد وأختين شقيقتين : يكون للبنيتين الثلثان فرضا ، وللزوج الربع ، وللجد السدس فرضا وتعمل ، ولا شيء للأختين الشقيقتين •

٥ - وفي جد وبنت وأخت شقيقة وأخ لأب : يكون للبنت النصف فرضا ، والباقي للجد والأخت الشقيقة : للذكر منهما مثل حظ الأنثيين تعصيبا ولا شيء للأخ لأب ، ولا يدخل في المقاسمة لأنه محجوب بالأخت الشقيقة اد صارت عسبة مع الفرع الوارث المؤنث (١) •

الحالة الثانية : - أن يكون مع الجد من الأخوات الشقيقات أو لأب - من يرثن بالفرض كما اذا كن اناثا - لم يعصبن بالذكر ، أو مع الفرع الوارث من الاناث وذلك لعدم وجود عاصب من الدور (اخ شقيق أو لأب) ولعدم وجود وارث مؤنث (بنت أو بنت ابن وان نزل) • وفي هذه الحالة - يرث الجد بالتعصيب ، فيأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض - ما لم ينقصه ذلك عن السدس أو يحرمه - فيكون له السدس فرضا مع العول (٢) - نوضح ذلك بالمثالين الآتيين :

١ - ففي جد وأخت شقيقة ، وأخت لأب : يكون للشقيقة النصف فرضا ، وللأخت لأب السدس - تكملة للثلثين فرضا ، وللجد الباقي وهو الثلث بالتعصيب •

٢ - وفي زوج ، وأخت شقيقة وأخت لأب ، وجد - للزوج النصف فرضا ، وللشقيقة النصف فرضا ، وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين فرضا ، وللجد السدس فرضا وتعمل الى ثمانية : للزوج ثلاثة وللأخت الشقيقة ثلاثة أيضا ، وللأخ لأب واحد ، وللجد واحد كذلك (٣) •

(١) المذكرة التفسيرية للقانون عند شرحها للمادة ٢٢ •

(٢) المصدر السابق •

(٣) المصدر السابق •

وهذا هو نص المادة ٢٢ من القانون :

« اذا اجتمع الجد مع الاخوة والأخوات لأبوين أو لأب - كانت له حالتان :

الأولى : أن يقاسمهم كاخ ان كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا ، أو إناثا عصبن مع الفرع الوارث من الإناث -
الثانية : أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب اذا كان مع أخوات - لم يعصبن بالذكر ، أو مع الشرع الوارث من الإناث -

الثانية : أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب اذا كان مع أخوات - لم يعصبن بالذكر ، أو مع الفرع الوارث من الإناث -

على أنه اذا كانت المقاسمة أو الارث بالتعصيب - على الوجه المتقدم - تحرم الجد من الارث أو تنقصه عن السدس - اعتبر صاحب فرض بالسدس -

ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوبا من الاخوة أو لأخوات لأب» أهـ وبالرجوع الى مذهب الامام على - كرم الله وجهه - والى طريقته المشهورة عنه - وهى التى بينها فيما سبق - يتضح أن ميراث الاخوة مع الجد فى قانون الميراث المصرى مأخوذ من مذهب ذلك الامام الا فى فرع واحد أو فى صورة واحدة وهى ما اذا كان مع الجد إناث فقط من الأخوات ومعهن احدى البنات أو بنات الابن ، فانهن يصرن مع الفرع الوارث المؤنث عصبية بمنزلة اخوة لأبوين أو لأب - وفى هذه الحالة جرى القانون على مذهب الامام زيد بن ثابت ، وهو مقاسمة الجد لهن (١) كما يقاسم الاخوة - مالم تنقصه المقاسمة عن السدس ، فيكون له السدس فرضا ، وان

(١) وعلى مذهب على - المشهور عنه - يكون للجد فى هذه الحالة السدس على ما سبق

بيانه -

كان لم يأخذ فى جميع الأحوال بمذهب زيد من دخول من كان محجوباً من الاخوة أو الأخوات لأب فى المقاسمة ، وأخذ فى ذلك بمذهب الامام على (١) .

وما أخذ به القانون فى المادة ٢٢ يعد بمثابة تلقيح لطريقة على بشيء قليل مما فى طريقة زيد ، وهو اجتهاد حسن من اللجنة التى وضعت مشروع القانون فانها بذلك حصرت أحوال الجد مع الاخوة والأخوات - فى أقل عدد ممكن من الاحتمالات مما يعين على ضبطها واستيعابها ، وسهولة فهمها وتطبيقها ، وذلك مع محافظتها على مافى طريقة الامام على من أسس جوهرية - وقضت - بذلك - على تعدد الآراء ، وتشعب الطرق التى نقلت عن العلماء فى توريث الاخوة والأخوات مع الجد ، وما نقل فى بعض الصور من أحكام خرجت على القواعد المشهورة . وبطريقة القانون أيضاً - صار حال الاخوة والأخوات لأبوين أو لأب مع الجد - كحالهم عند عدم وجوده الا اذا نقص نصيبه عن السدس ، فيعتبر حينئذ صاحب فرض بالسدس .

وبعد - فهذا جهد المقل فى مبحث - كثرت فيه الأقوال ، وتعددت فيه الآراء ، وصعب فيه تطبيق الفروع والمسائل على ما رآه الأئمة من القواعد والأصول ، وحسبنا أن نخرج منه بشيء واحد - هو أن فقهاء الاسلام بذلوا كدهم ، وأقصى جهدهم فى استنباط الأحكام واستخراجها من أصولها ، وأنهم أتوا - فى هذا الباب - بما يستحق الاعجاب والتقدير ، فجزاهم الله عن المسلمين عامة ، وعلماء التشريع خاصة خير الجزاء .

العول

١ - مخرج السهام المفروضة فى مسائل الميراث - هو الذى يقال له أصل المسألة ، وهو عبارة عن أقل عدد صحيح

(٢) راجع المذكرة التفسيرية - المادة ٢٢ .

يتأتى منه حظ كل فريق من الورثة بلا كسر - كما فى زوج
وأم ، وأخت لأم - فمخرج المسألة أو أصلها من ٦ - للزوج
ثلاثة ، وللأم سهران ، وللأخت سهم واحد • وكزوج وأخت
لأم ، وأخ شقيق - فالمسألة أيضا من ٦ : للزوج ٣ ، وللأخت
لأم سهم ، وللأخ الشقيق الباقي وهو سهران • ومقامات
الكسور الدالة على انصباء الورثة فى التركة - تسمى
مخارج الفروض •

والخلاصة أن متخرج التركة أو أصل المسألة - فى
اصطلاح الفرضيين - هو أقل عدد يمكن أن تؤخذ منه سهام
الورثة صحيحة من غير كسر ، وبعبارة أخرى هو المضاعف
البسيط لمقامات الكسور الدالة على انصباء الورثة فى
التركة •

فان كان مجموع سهام الورثة لا يزيد على مخرج السهام
المفروضة « وهو أصل المسألة » ، ولا ينقص عنه - كانت
المسألة عادلة • ولم يكن فيها غول ولا رد • وان زاد عدد
سهامها على ماخذ التركة وهو أصل المسألة - قيل ان فيها
عولا - كما فى زوج وأختين شقيقتين • وان قل مجموع
السهام عن أصل المسألة كما فى أم ، وأخت شقيقة - قيل
ان فيها ردا •

ومن ثم - قال صاحب رد المحتار : مسائل الفرائض
ثلاثة أقسام : عادلة وعاذلة ، وعائلة - أى منقسم بلا كسر ،
أو بالرد ، أو بالمول • وقال البقرى فى حاشيته على شرح
الرحبية للامام سبط الماردينى ما خلاصته :

المسائل تارة تكون عادلة ، وتارة تكون ناقصة ، وتارة
تكون عائلة : فاذا لم يدخلها العاصب ، بل قسمت على
أصحاب الفروض بدون تراحم ، ومن غير أن يبقى شىء -
فهى عادلة ، وان احتاجت للعاصب - كما لو فضل شىء بعد

أصحاب الفروض - فهي ناقصة ، وإن تزاومت الفروض
وزادت - فهي عاثلة ٢٠

٢ - معنى العول لغة واصطلاحاً :

هو - في اللغة - بمعنى الميل والجور - يقال عال في
الحكم - أى جار ومال ومنه قول الله - تبارك وتعالى - « ذلك
أدنى ألا تعملوا » قال مجاهد : لا تميلوا ولا تجوروا ،
ويستعمل بمعنى الغلبة ، يقال : عيل صبره - أى غلب ،
وبمعنى الرفع أو الارتفاع ، ومنه عال الميزان ، إذا ارتفع
أو مال ، ومنه أيضاً : عالت الفريضة عولا - أى ارتفع
حسابها وزادت سهامها ، فنقصت الأنصباء ، ويقال عال فلان
الفرائض وأعالها بمعنى ، فعال متعدد ولازم ٢١

أما العول - في اصطلاح الفرضيين - فهو زيادة مجموع
سهام الورثة عند ازدحام الفروض وكثرتها ، على مخرج
التركة أو أصل المسألة ، ومن لازمه دخول النقص في فرائض
جميع الورثة بحسب حصصهم ، وعلى نسبة واحدة فهو زيادة
في عدد سهام أصل المسألة ، ونقصان من مقادير الأنصباء ،
وإن شئت قلت : هو زيادة عدد السهام على أصل المسألة زيادة
تستلزم بالضرورة نقصاً في مقادير الأنصباء ، وذلك بأن
يكون مجموع ما يستحقه أصحاب الفروض يزيد على الواحد
الصحيح ، كما إذا كان في المسألة نصف وثلثان ٢٠ ومتى زادت
السهام على أصل المسألة - اعتبر عولها أصلاً جديداً لها ،
فتقسم التركة على الأصل الجديد دون الأصل الأول - فإذا
ماتت امرأة عن زوج وأخت شقيقة وأم كان أصل المسألة من
٦ ولكنها تعول إلى ثمانية لأن الزوج ثلاثة أسهم ، وللأخت
كذلك ثلاثة ، ولأم سهران ، فلا تقسم التركة على ٦ وإنما
تقسم على ثمانية ، وبذلك ينقض نصيب كل وارث بمقدار
نسبة الزيادة ٢١

وهذا المعنى الاصطلاحي للقول - على صلة بمعانيه.
اللغوية الثلاثة التي سبق ذكرها : فيصح أن يكون مأخوذاً
من المعنى الأول لأن المسألة مالت على أهلها بالجور - حيث
نقصت من فروضهم ، كما يصح أن يكون مأخوذاً من الثانى
لأنها غلبت أهلها بإدخال الضرر عليهم ، ومن الثالث لأنها
إذا ضاق مخرجها بالفروض المجتمعة - ترفع التركة الى عدة
أكثر من ذلك المخرج ، ثم تقسم حتى يدخل النقصان فى
فرائض جميع الورثة على نسبة واحدة ، واختار ذلك بعض
شراح السراجية (١) .

٣ - رأى العلماء فى القول : عامة الصحابة ، وجمهور
الفقهاء على القول بالقول متى ضاق مخرج التركة عن الوفاء
بالفروض المجتمعة فيه - فيزيد مجموع السهام على أصل
المسألة وتنقص مقادير الانصباء ، ويقسم المال على مجموع
تلك السهام ، ثم يتحاص أصحاب الفروض فى المال على
نسبة فروضهم * ومن هؤلاء الأئمة الأربعة .

وخالف فى ذلك ابن عباس - رضى الله عنهما - فانكر
القول ، ولما سأل رجل : كيف تصنع بالفريضة العائلة -
قال : « أدخل الضرر على من هو أسوأ حالا ، وهن البنات
والأخوات ، فانهن ينقلن من فرض مقدر الى فرض غير
مقدر » ، فقال الرجل : « ما تغنيك فتىواك شيئاً ، فان
ميراثك يقسم بين ورثتك على غير رأيك » ، فغضب ، وقال :
« تجتمعون حتى نبتهل ، فتجعل لعنة الله على الكاذبين * ان
الذى أحصى رمل عالج (٢) عدداً لم يجعل فى مال نصفاً
وثلاثين » .

وتوضيح رأيه ان أصحاب الفرائض عنده نوعان :
أحدهما أقوى من الآخر ، فالنوع الأقوى هو الذى ينقل

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٥١٩ ، وشرح السراجية للمسجولوى .

(٢) موضح .

من فرض مقدر إلى فرض آخر مقدر لأنه صاحب فرض من كل وجه - كالأم ، والزوج ، والزوجة ، والنوع الآخر الأقل قوة - هو الذى ينقل من فرض مقدر إلى فرض غير مقدر فيرث بالتعصيب إذا وجد معه من يعصبه - كالأخوات - وإنما كان أقل قوة لأنه صاحب فرض من وجه ، وعصبة من وجه آخر * وعلى هذا إذا ضاقت التركة عن الفروض يقدم الأقوى ، وهو النوع الأول ، ويدخل النقص أو الحرمان على النوع الثانى ، ويعامل كأنه عاصب ، فيأخذ حكمه * وبالإستقراء تجد فى كل مسألة زادت فيها الفروض على مخرج التركة - صاحبة فرض كان يمكن أن تعصب بالغير ، فتفرض حالها كما لو وجد معها الذكر المعصب لها ، وبناء على هذا تأخذ الباقي - عند تزامن الفرائض - ان بقى شىء ، فان لم يبق لم تأخذ شيئاً (١) *

فاذا ماتت المرأة عن زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب : فللزوجة النصف ، وللأم الثلث ، وللأخت النصف ، ومجموعها ثمانية ، فتقسم بطريق العول عند الجمهور ، وعند ابن عباس : للزوج النصف ، وللأم الثلث ، والباقي للأخت (٢) *

وقد وافق ابن عباس ابن حزم الأندلسى - فأنكر العول ، وقرر انه لا أصل له ، وانتصر لهذا الرأى فى كتابه المحلى * وزكاه من قبله ابن شهاب الزهري - فقال : « لولا أنه تقدم ابن عباس أمام عدل ، فأمضى أمره ، وكان امراً ورعاً - ما اختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم » *

ومما يؤيد رأى ابن عباس فى العول أنه إذا تعلقت حقوق بمال لا يفى بها - يقدم منها ما كان أقوى - كالتجهيز والدين والوصية والميراث - فإذا ضاقت التركة عن الفروض

(١) السراجية وكتاب ابن حزم للاستاذ الجليل محمد أبو زهرة .
(٢) وعنه قول آخر - نحو أن للزوج النصف ، والباقي بين الأم والأخت « حاشية البقرى على شرح الرحيبة » *

— يقدم الأقوى ، ولا شك أن من ينقل من فرض مقدر الى فرض آخر مقدر يكون صياجب فرض من كل وجه ، فيكون أقوى ممن ينقل من فرض مقدر الى فرض غير مقدر — لانه صاحب فرض من وجه ، وعصبة من وجه — فادخال النقص أو الحرمان عليه أولى — لأن ذوى الفروض مقدمون على العصبات (١) •

أما جمهور الأئمة والفقهاء الذين أخذوا بالمول — فأساس رأيهم فتاوى الصحابة من جهة ، ولأنه لا وجه لتفضيل صاحب فرض على صاحب فرض آخر — اذ لا دليل على هذه المفاضلة ، لا من النصوص ، ولا من القياس • وبيان ذلك أن أصحاب الفروض المجتمعة في التركة — قد تساوا في سبب الاستحقاق ، وهو النص — فيتساوون في الاستحقاق ؛ وحينئذ يأخذ كل واحد منهم جميع حقه ان اتسع المحل لذلك ، ويضرب بجميع حقه اذا ضاق المحل — كالغرماء في التركة • واذا أوجب الله تعالى في مال نصفين وثلاثا مثلا — علم أن المراد الضرب بهذه الفروض في ذلك المال — لاستحالة وفائه بها ، ولا كذلك التجهيز وأخواته ؛ فانها حقوق مرتبة ، مقدم بعضها على بعض ، والنقل من الفرض الى العسوبة لا يوجب ضعفا — لأن العسوبة أقوى أسباب الارث — فكيف يثبت النقصان أو الحرمان عليه بهذا الاعتبار في بعض الأحوال •

والحق ما عليه عامة الصحابة وجمهور الفقهاء — لما ذكر ولأن تقديم بعض أصحاب الفروض على بعض لا بد من ثبوته بدليل — لأنه يؤدي الى حرمان مستحق أو انفراده بالنقص دون سائر الورثة ، ومن العدل أن ينقص كل صاحب فرض بمقدار ما زاد من السهام ، فان في ذلك تسوية بين الجميع •

(١) شرح السراجية للسجواني •

أما نقص بعض الأنصبة ، وإبقاء بعضها على ما هو عليه فهو غير سائغ ، إذ هو ترجيح بلا مرجح .

وقد روى أن العول لم يقع في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا في زمن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، وإنما وقع في زمن عمر رضي الله عنه - فهو أول من حكم بالعول ، فقد روى أنه أول من عال الفرائض لما التوت عليه ، ودافع بعضها بعضا ، وقال : ما أدري أيكم قدم الله ولا أيكم آخر وكان امرا ورعا ، فقال ما أجد شيئا أوسع لي من أن أقسم التركة عليكم بالحصص ، وأدخل على كل ذي حق ما أدخل عليه من عول الفريضة . وروى أن أول فريضة عالت في الاسلام : زوج وأختان . فلما رفعت الى عمر رضي الله عنه - قال : ان بدأت بالزوج أو بالأختين لم يبق للأخر حقه - فأشيروا على ، فأول من أشار بالعول العباس - على المشهور - وقيل على ، وقيل زيد بن ثابت - رضي الله عنهم - والظاهر - كما قال السبكي - أنهم كلهم تكلموا في ذلك لاستشارة عمر إياهم ، واتفقوا على العول . فلما انقضى عصر عمر رضي الله عنه أظهر ابن عباس رضي الله عنهما الخلاف في المبالغة (١) ، فقليل له : ما بالك لم تقل هذا لعمر ، فقال : كان رجلا مهيبا ، فهبتة (٢) .

٤ - عرض لأهم مسائل العول :

مجموع المخارج أو أصول المسائل - وجدت بالاستقراء سبعة ، وهي ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٨ ، ٦ ، ١٢ ، ٢٤ . وليس كلها يعول ، فإن أربعة منها لا تعول أصلا ، وهي ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٨ ، وذلك لأن الفروض المتعلقة بهذه المخارج الأربعة إما أن يفي المال بها أو يبقى منه شيء زائد عليها .

فلا عول في الاثنين لأن المسألة إنما تكون من اثنين إذا

(١) سيأتي ذكرهما بعد .

(٢) حاشية البقري على شرح الرحيبة للإمام سبط المارديني .

كيان فيها نصفان كزوج وأخت شقيقة أو لأب • أو نصف
وما بقى - كزوج وأخ شقيق أو لأب • ولا عول في الثلاثة -
لأن الخارج منها أما ثلث وما بقى ، كام وأخ شقيق أو لأب ،
وأما ثلثان وما بقى - كبنيتين وعم شقيق أو لأب ، وأما ثلث
وثلثان - كأختين لأم وأختين شقيقتين ، كذلك لا عول في
الأربعة لأن ما يخرج منها أما ربع وما بقى - كزوج وابن ،
أو ربع ونصف وما بقى - كزوج وبنت وأخ لأب وأم ، أو
ربع وثلث وما بقى ، كزوجة وأبوين • ولا عول في الثمانية
أيضا لأن المسألة تكون من ثمانية اذا كان فيها ثمن وما بقى •
كزوجة وابن • أو ثمن ونصف وما بقى - كزوجة وبنت وأخ
شقيق - فلا عول في شيء من مسائل هذه الخارج الأربعة (١) •

أما الثلاثة الباقية من أصول المسائل وهي : ٦ ، ١٢ ،
٢٤ فانها قد تعول :

فالسنة تعول وترا وشفعا الى عشرة فمثال عولها الى
سبعة : زوج وأختان لأبوين أو لأب فالمسألة من ستة لاجتماع
نصف وثلثين فيها ولكنها تعول وترا الى سبعة لأن سهام الزوج
ثلاثة ، وسهام الاختين أربعة ، ومثال عولها الى ثمانية : زوج
وأم وأختان لأب ، أو زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب والصورة
الثانية تلقب بالمباهلة (٢) لقول ابن عباس رضي الله عنهما :
« ان شاعوا فلندع أبنائنا وأبنائهم ونسأعنا ونسأعهم ،
وأنفسنا وأنفسهم ، ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين » ،
وذلك لأنه ما كان يرى عولا ، فيعطى فيها الزوج النصف :
والأم الثلث ، والباقي للأخت • ومذهب الجمهور : للزوج
النصف ثلاثة ، وللأم الثلث : اثنان ، وللأخت النصف ثلاثة -

(١) شرح السراجية للسجاوندى •

(٢) شرح الرحبية لسبط الماردينى وحاشية البقرى عليه •

فأصل المسألة من ٦ وتعمل إلى ثمانية وإذا يصير نصف الزوج فيها ربعا وثمانيا ، وفرض الأم ربعا •

ومثال عولها إلى تسعة : زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم ، أو زوج وأختان شقيقتان وأختان لأم • ومثال عولها إلى عشرة ، وذلك إذا اجتمع في المسألة نصف وثلثان وثلث وسدس : زوج وأختان شقيقتان ، وأختان لأم وأم ، وهذه المسألة تسمى الشريحية ، إذ قضى شريح فيها بأن للزوج ثلاثة من عشرة فجعل الزوج يطوف في البلاد ويسأل الناس عن امرأة خلفت زوجها ولم تترك ولدا ولا ولد ابن : ماذا نصيب الزوج ؟ فكانوا يقولون النصف فيقول : لم يعطني شريح لا نصفاً ولا ثلثاً ، فبلغه ذلك ، فأحصره ، وعزّره وقال سبقني بهذا الحكم إمام عادل ذو ورع ، - يريد به عمر رضي الله عنه فإنه أتول من حكم بالعول - على ما سبق بيانه •

واثنا عشر تعمل إلى سبعة عشر وترا ، لا شفعاً ، ومعنى ذلك أنها تعمل إلى ثلاثة عشر ، وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر - فمثال عولها إلى ثلاثة عشر : زوج وبنتان وأم ، أو زوجة وأختان لأبوين ، وأخت لأم • ومثال عولها إلى خمسة عشر : زوج وبنتان وأبوان ، أو زوجة وأختان لأب وأختان لأم ، ومثال عولها إلى سبعة عشر : زوجة وأختان شقيقتان وأختان لأم وأم •

أما أربعة وعشرون : فإنها لا تعمل إلا إلى سبعة وعشرين فقط فليس لها إلا جول واحد - كما في زوجة وبنتين وأبوين - وتسمى المسألة المنبرية والتسعية لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها ، وهو يخطب على منبر الكوفة ، فأجاب عنها بديهة فقال السائل متعنتاً : أليس للزوجة الثمن ؟! فقال : صار ثمنها تسعاً • ومضى في خطبته : فتعجبوا من قسطته •

ولا يجوز إكثار من ذلك إلا عند ابن مسعود رضى الله تعالى عنه - فإنها تعول عنده إلى أحد وثلاثين - فيما إذا ترك زوجة وأختين لأم وأما وأختين لأب وأم وأبنا محروما بسبب الكفر أو الرق والقتل لأن من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان - فيكون للزوجة الثمن عنده (ثلاثة)، وللأم السدس (أربعة) وللأختين لأب وأم الثلثان (ستة عشر) ، وللأختين لأم الثلث (ثمانية) * ومجموع ذلك واحد وثلاثون * وعند غير ابن مسعود تكون المسألة من اثني عشر لأن الابن المحروم يعتبر كأنه غير موجود فتعطى الزوجة الربع ، وبذلك تعول المسألة إلى سبعة عشر *

٥ - العول في القانون :

عرضت المادة ١٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ - للعول ، متبعة في ذلك رأى عامة الصبحية وجمهور الفقهاء ، ونصها : « إذا زادت أنصباة أصحاب الفروض على التركة - قسمت بينهم بنسبة أنصباة في الارث » * وقد شرحت المذكرة التفسيرية عند تعرضها لتلك المادة العول ، وبينت أساس العمل به - فقالت : العول عند الفقهاء : زيادة سهام ذوي الفروض ، ونقصان من مقادير أنصباة من التركة ، وذلك إذا زاد مجموع الأنصباة على الواحد الصحيح * فاذا زادت الفروض على أصل المسألة - زيد أصل المسألة ، فيدخل النقص على كل منهم بقدر فرضه - كنقص أرباب الديون بالمحاصة ، وهى الديون التى ضاقت عنها التركة ، وليس بعضها أولى من بعض * ثم مثلت للعول ببعض ما سبق ذكره من مسأله *

الرد

١ - معنى الرد :

الرد ضد العول : اذ العول على ما تقدم - زيادة في عدد السهام ونقصان من مقادير الأنصباة ، والرد نقصان من عدد

السهم وزيادة فى مقادير الانصباء وذلك اذا نقص عدد السهم عن مخرج التركة أو كان مجموع الفروض أقل من الواحد الصحيح ؛ ففى العول تفضل السهم على المخرج ، وفى الرد يفضل المخرج على السهم — لأن فيه مجموع سهام أصحاب الفروض أقل من أصل المسألة ، فتزيد بالضرورة أنصباؤهم من التركة ، وتعريف الرد بأنه ضد العول تعريف لفظي له ، فان الشئ ينكشف بضده •

والرد — فى اصطلاح الفرضيين — عند من يقول بالرد من العلماء — هو دفع ما فضل من المخرج عن فرض ذوى الفروض ولا مستحق له من غيرهم — الى ذوى الفروض الذين يرد عليهم — بقدر حقوقهم ، أو على حسب النسب بين سهامهم (١) •

وبناء على ذلك لا يتأتى الرد الا اذا تحقق أمران :

الأول : أن تكون الفروض غير مستغرقة للتركة •
اذ لو كانت مستغرقة لها لم يبق شئ يرد •

الثانى : ألا يكون فى المسألة عاصب — اذا لو وجد لأخذ ما أبقت أصحاب الفروض ، فلم يبق بعد أخذه شئ يرد ، ومما ينبغى أن يلحظ أن قانون الميراث آخر استحقاق العاصب السببى الى ما بعد ذوى الأرحام والرد على الزوجين — فعلى رأى القانون تكون رتبة الرد على ذوى الفروض النسبية متأخرة عن العاصب النسبى ، ولكنها مقدمة على ذوى الأرحام ، والرد على الزوجين والعاصب السببى •

(١) التعريف المشهور للرد — عند جمهور الفاضلين به — هو دفع ما بقى من فروض ذوى الفرائض ، ولا مستحق له من العصبية — الى ذوى الفروض النسبية — بقدر فروضهم — فلا يرد على الزوجين لأنهما ليسا من أصحاب الفروض النسبية ، ولكننا أثرنا أن يكون تعريف الرد عاما بحيث يشمل رأى من يقول بالرد على الزوجين مطلقا كسائر أصحاب الفروض ، ومن يقول بالرد عليهما اذا لم يوجد أحد من ذوى الأرحام — كما يقضى بذلك قانون المواريث ويشمل أيضا رأى من يقول بعدم الرد على الزوجين والجدة ، وغير ذلك من الآراء •

٢- اختلاف الأئمة والفقهاء في الرد :

اختلف العلماء والأئمة والفقهاء في الفاضل من ذوى الفروض : أعليهم يرد ، أم هو لبيت المال ؟ وجملة الأقوال في ذلك ثلاثة :

القول الأول : ما رآه الصحابي الجليل زيد بن ثابت من أن الفاضل لا يرد على ذوى الفروض ، بل هو لبيت المال ، وبه أخذ عروة والزهرى ، ومالك والشافعى * والمشهور من مذهب مالك أنه لبيت المال وإن لم يكن منتظما ، ونقل في رد المحتار أنه روى عن مالك مثل قول الحنفية الذين يرون الرد (١) ، والمذكور فى كتب الشافعية - كفتح القريب المجيب ، وشرح السبتي - أن الأصح فى مذهبهم عدم الرد إذا كان بيت المال منتظما ، فيقدم - حينئذ - على الرد وتوريث ذوى الأرحام ، ويوضع فيه ما يرثه المسلمون ، كما يوضع فيه مال المصالح لتعذر إيصاله لجميعهم * وقيل فى المذهب الشافعى بعدم الرد مطلقا وإن علم فساد بيت المال - لأن الحق للمسلمين ، فلا يسقط باختلال نائبهم كالزكاة * وهذا هو مذهب المالكية (٢) وعلى القول الأخير إن لم يكن بيت المال منتظما ، فإن كان المال بيد أمين وثم قاض أهل للقضاء مأذون له بالتصرف فى المصالح - دفعه إليه ، لأنه حينئذ ينزل منزلة الإمام العادل ، وإن لم يؤذن له - فوجهان أحدهما يصرف إليه والآخر يصرفه من هو فى يده فى المصالح * وإن لم يكن هناك قاض ، أو كان ولا تتوافر فيه شروط القضاء صرفه من فى يده المال إلى مصالح المسلمين ، وأرحام الميت المحتاجون أحق من غيرهم (٣) * وقيل يحفظ إلى أن يولى سلطان عادل *

(١) راجع رد المحتار ج ٥ ص ٥٢٠ *

(٢) راجع فتح القريب ج ١ ص ١٠ وشرح السبتي على الرحبية المطبوع على هامش فتح القريب ج ١ ص ٢٨ *

(٣) فتح القريب ج ١ ص ٩ ، ١٠ *

والأرجح في مذهب الشافعي أن بيت المال يعتبر وارثاً - كلما قلنا بالصرف اليه - وقيل يوضع المال فيه مصلحة ، لا إرثاً (١) ، ويترتب على الأرجح أنه لا يجوز صرفه لغير المسلم ، وكذا القاتل في الأصح .

القول الثاني : ما ذهب اليه المتأخرون من علماء المذهب الشافعي والمحققون من أصحاب ذلك المذهب ، وهو القول بالتفصيل : فإن كان بيت المال منتظماً ، وللمسلمين إمام عادل - سلم اليه الفاضل ليصرفه في المصالح ، ويعتبر بيت المال وارثاً على الأرجح - ويقدم على الرد وذوي الأرحام ، وإن لم يكن منتظماً ، ولم يكن هناك إمام ، أو كان هناك إمام جائر - يرد على ذوي الفروض - على قدر فروضهم - إلا الزوجين ، فإن لم يوجد من يرد عليه - ورث ذوو الأرحام ، وهذا الرأي هو المفتى به عند الشافعية ، وعمل به أكابر المتأخرين ، وقال فيه النووي : وهو الأصح عند محققي أصحابنا ، وعليه العمل في سائر الأمصار ، ونقله صاحب الحاوي الكبير عن نص الشافعي ، كما قال النووي : والأصح عندهم أنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الميراث ، والمراد بانتظام بيت المال أن يصرف ما فيه من المال - ومنه التركات - في مصارفه الشرعية ، وألا يتجاوز في الصرف مصالح المسلمين ، فإن لم يكن كذلك كان غير منتظماً (٢) .

القول الثالث : أنه يرد الفاضل على ذوي الفروض النسبية - بنسبة فروضهم سواء انتظم بيت المال أم لا ، وهو قول جمهور الصغابة - كعلي ومن تابعه ، رضى الله عنهم ، وبه أخذ الحنفية والجنابلة (٣) فالرد عندهم مقدم على ذوي الأرحام ، ومن باب أولى - على بيت المال ؟ .

(١) فتح القريب ج ١ ص ١٠ ، وحاشية البهري على شرح الرحبية ص ١١ .

(٢) شرح السبتي على الرحبية المطبوع على هامش فتح القريب ج ١ ص ٢٧ ، ٢٨ .

و ج ٢ ص ٦٥ وما بعدها - ثم حاشية البهري ص ١١ .

(٣) وهناك قول مرجوح في المذهب الشافعي يرى الرد كالحنفية - حكاه صاحب فتح

القريب على أنه مقابل للقول الأصح في مذهب الشافعية .

٤ - أدلة كل قول من الأقوال الثلاثة :

نسوق لك فيما يأتي حجج كل قول منها ، فنقول :

(أ) أدلة الرأي الأول : احتج من أبي الرد ، ومنعه مطلقا بما يأتي :

أولا : ما رواه أبو داود من قوله صلى الله عليه وسلم :
« أنا وارث من لا وارث له ، أعقل عنه وأرثه » ، وهو صلوات الله عليه - لا يرث لنفسه ، بل للمسلمين .

وثانيا : لأنهم يعقلون عنه ، فيرثون منه كالعصبة .

وثالثا : لأن النص قدر فرض كل واحد من الورثة ، فلا تجوز الزيادة عليه - لأنها تعد للحد الشرعي ، والله تعالى يقول « ومن يعص الله ورسوله ، ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين » ، ولأن المقادير لا يمكن اثباتها بالرأي ، فامتنع أصلا .

ورابعا : بأن الفاضل بعد الفروض المقدرة - مال لا مستحق له ، فيكون لبيت المال - كما اذا لم يترك وارثا أصلا (١) .

هذه أدلة الرأي الأول ، ومن الممكن مناقشتها وتوجيه بعض المآخذ اليها : فالدليل الأول أقصى ما يدل عليه أن بيت المال وارث من لا وارث له ، والرد على ذوى الفروض ، وتقسيم المال على ذوى الأرحام اذا لم يوجد من يرد عليه - يعتبر ارثا - كذلك الدليل الثانى لأنه لا تلازم بين العقل والارث . كذلك يصح عدم التسليم بما يدل عليه الدليل الرابع لأن الفاضل له مستحق من ذوى الفروض الذين لم تستغرق فروضهم التركة ، وذلك لشرعهم بقوة قرابتهم

(١) السراجية ولفتح التريب ج ١ ص ١٠ .

ولعل أقوى دليل لهم هو الدليل الثالث - ولكنك ستعرف
الجواب عنه من أدلة القول الثالث *

(ب) أدلة الرأى الثانى : هى أدلة الرأى الأول ان كان
بيت المال منتظما • أما اذا كان غير منتظم فان الرد على
ذوى الفروض النسبية يكون أحق وأولى من اضاءة المال اذا
قضينا بصرفه الى بيت المال غير المنتظم *

(ج) أدلة الرأى الثالث : وهو رأى المثبتين للرد مطلقا :

احتج هؤلاء بالنقل والعقل ، وجملة أدلتهم :

أولا : قول الله - تبارك وتعالى : « وأولو الأرحام
بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » ، وهو الميراث : فبعضهم
أولى بميراث بعض بسبب الرحم ، فيكونون أولى من بيت
المال ، ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص ، وعلى هذا
كان ينبغي أن يكون الباقي بعد فروض ذوى الفروض لجميع
ذوى الأرحام لاستوائهم فى هذا الاسم ، لكن أصحاب الفروض
قدموا على غيرهم من ذوى الأرحام لقوة قرابتهم - ألا ترى
أنهم يقدمون فى الارث عليهم ، فكانوا أحق بالرد منهم •
وتوضيح الاستدلال. بالآية أنها دلت على استحقاقهم جميع
الميراث بصلة الرحم ، وآيات المواريث أوجبت استحقاق جزء
معلوم من المال لكل واحد منهم - فوجب العمل بالنصين :
بأن يجعل لكل واحد منهم فرضه بآيات المواريث ، ثم يجعل
ما بقى مستحقا لهم - بالرحم - لهذه الآية • وبهذا الوجه
من الاستدلال يجاب عن الدليل الثالث الذى احتج به من أبى
الرد ، اذ ثبوت الرد ليس بالرأى ، وانما هو مأخوذ من النص ،
ويكون الجمع بين أخذ الفرض واستحقاق الرد - عملا
بمقتضى الدليلين (١) •

وثانيا : من حيث السنة - ما زوى أن النبى - صلى الله

(١) شروح السراجية ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ٢٤٧ •

عليه وسلم - دخل على سعد بن أبي وقاص ، يعوده ، فقال :
يا رسول الله ، ان لى مالا ، ولا يرثنى الا ابنة لى - الحديث (١)
- ولم ينكر عليه رسول الله حصر الميراث فى ابنته ، ومنعه عن
الوصية بما زاد على الثلث مع أنه لا وارث له الا ابنة واحدة ،
فدل ذلك على صحة القول بالرد اذ لو لم تستحق الزيادة على
النصف بالرد لأجاز له الوصية بالنصف ، كذلك يؤخذ من
الحديث أن سعدا رضى الله عنه اعتقد أن بنته ترث جميع
ماله ، ولم ينكر عليه رسول الله حصر ميراثه فى ابنته ، ولولا
أن الحكم كذلك لأنكر عليه ، ولم يقره على الخطأ ، ولا سيما
فى موضع الحاجة الى البيان ، ومن الواضح أنها لا ترث جميع
المال الا اذا أخذته قرضا وردا •

وكذا ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - انه
عليه الصلاة والسلام - ورث الملائنة من ولدها ، أى جميع
المال ، ولا يكون ذلك الا من طريق الرد ، كذلك روى ان
امراة أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم - فقالت : يا رسول
الله ، انى تصدقت على أمى بجارية ، فماتت أمى ، وبقيت
الجارية ، فقال : « وجب أجرك ، ورجعت اليك فى الميراث » ،
فجعل الجارية راجعة اليها - بحكم الميراث - وهذا هو
الرد (٢) •

وثالثا : لأن بيت المال انما يأخذ الضوائع ، ولا يعد
ضائعا مال من يموت ، وله أقارب ، وهم - بحكم قرابتهم -
أولى من بيت المال ، وقد ثبت من النصوص ما يؤيد ذلك •

ورابعا : أن أصحاب الفروض قد شاركوا المسلمين فى
الاسلام ، وترجعوا بالقرابة ، فيرجعون بها عليهم ، وذلك
يكون بالرد • وفى ذلك يقول صاحب بداية المجتهد : وعمدة
القائلين بالرد أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين

(١) مضى ذكر هذا للحديث فى بحث الوصية •

(٢) راجع - الغيرة النبوية والقرابة •

فقط : أى أن هؤلاء اجتمع لهم سببان . وللمسلمين سبب واحد .

وقد يقال فى الجواب عن الدليل الأول : ان الآية مجملة ، وأن المراد من أولى الأرحام هم المذكورون فى آيات المواريث ، فتكون الآية الأولى مبينة لاصل التوريث ، وآيات المواريث مبينة لمقداره ، وحينئذ فلا تكون آية « وأولو الأرحام ... » قد أتت بحكم جديد زائد على الفرائض وقد روى ذلك عن الشافعى - رحمه الله - اذ قال : « ان الناس توارثوا بالحلف ، ثم توارثوا بالاسلام والهجرة ، فكان المهاجر يرث المهاجر ، ولا يرث من ورثته من لم يكن مهاجرا ، وهو أقرب اليه ممن يرثه ، فنزلت الآية ، وكانت مجملة ، بيانها ما جاء فى توزيع الفرائض بين أصعابها » .

والحق أن هذا الجواب قوى ، ولكن تبقى الأدلة الأخرى للقائلين بالرد - سليمة قوية فى جملتها ، ولهذا نرى اختيار هذا الرأى ، وترجيحه على الرايين الآخرين : فانه - بالاضافة الى ما سبق ذكره من الأدلة - قد لوحظ فى الرد روح النص ومعقوله ، وأنه يكون بنسبة الفروض التى قدرها الشارع الحكيم - فالرد ليس - فى الحقيقة - الا تشريعا مقتبسا من النص ، يؤازره العقل ، وتأييده المصلحة الراجحة .

5 - اختلاف الأئمة والفقهاء فيما يرد عليه من ذوى الفروض ، ومن لا يرد عليه منهم :

القائلون بالرد - اختلفوا فيما يرد عليه ، ومن لا يرد عليه - على خمسة أقوال :

الأول : أنه يرد على ذوى الفروض جميعا - ما عدا الزوجين ، وبعبارة أخرى : يرد على ذوى الفروض النسبية فحسب ، وهذا رأى جمهور القائلين بالرد من الصحابة والأئمة والفقهاء ، وهو رأى على بن أبى طالب - كرم الله

وجهه ومن تابعه ، وبه أخذت الحنفية والحنابلة ، ومن يرون الرد من الشافعية .

وحجتهم فى عدم الرد على الزوجين أن الرد إنما يستحق بالرحم ، ولا رحم للزوجين ، وبيان ذلك أن سبب الرد - على ما سبق ذكره - هو القرابة الباقية بعد أخذ الفرض ، وقرابة الزوجية حكمية لا تبقى بعد أخذ الفرض ، فلا رد عليهما لانتفاء سببه بالنسبة اليهما .

الثانى : أنه يرد على ذوى الفروض أجمعين - حتى الزوجين ، وهو قول سيدنا عثمان رضى الله عنه - وعليه جابر بن زيد. من التابعين . وحجته أن الفريضة لو عانت - دخل النقص على جميع الورثة - ومنهم الزوجان - فإذا فضل شيء يجب أن تكون الزيادة لهم جميعا كذلك - لأن الخراج بالضمان ، والغنم بالغرم . وقد أجيب عن ذلك بأن ميراث الزوجين ثبت بالنص على خلاف القياس لأن وصلتهما بالنكاح وقد انقطعت بالموت ، وما ثبت على خلاف القياس - نصا - يقتصر فيه على مورد النص ، ولا نص فى الزيادة على فرضهما . وإنما دخل النقص فى نصيهما بالعول - لأن فى ذلك ميلا للقياس النافى لارثهما ، ولا كذلك الرد عليهما لأن فيه زيادة لم يقر عليها دليل . ولا يمكن اثباته بالقياس - لأن ما ثبت على خلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص (١) .

هذه الاجابة التى هى رد على من يقول بالرد على الزوجين - قد تبدو قوية ، ولكننا لا نسلم بها ، وهى غير مقبولة - على إطلاقها - فى نظرنا - لأن الله جلت حكمته قد ورث كلا منهما - من الآخر بالزوجية لحكمة سامية - وخاشا أن يكون النص خاليا من الحكمة - وهى ما كان بينهما من الأواصر

(١) رد المختار ج ٥ ص ٥٢٠ وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٤٧ والسيد الميرزا على شرح السراجية .

المتينة القوية بسبب ميثاق عقد الزوجية المتين - الذى أنتج
أطيب الثمرات ، وجعل منهما شريكين - طوال الحياة - فنى
السراء والضراء ، وجعل كلا منهما لباسا وسكنا للأخر ،
وجعل الله بينهما مودة ورحمة حتى عد الزواج لذلك من أجل
نعمه على عباده .

ولا شك ان هذه المعانى القيمة لا تقل شأنًا عن المعانى
التي من أجلها ورث الشرع الحكيم القريب من قريبه - فكيف
يقبل قول من قال : ان ميراث الزوجين ثبت على خلاف
القياس ؟! ، وأى مانع يمنع اذا قال من يرى الرد على
الزوجين : ان الرد عليهما بالسبب الذى من أجله أخذ كل
منهما فرضه ، وتجعل الزوجية التي تعتبر قرابة حكمية -
قائمة حكما بالنسبة لاستحقاق الفرض والرد جميعا ؟ من
أجل هذا تطلعن النفس الى موافقة من يرى الرد على الزوجين
على أن يقيد بعدم وجود أحد من الأقارب ، وتكون رتبته بعد
ذوى الأرحام وبهذا أخذ القانون .

هذا وقد ضعف بعضهم ما روى عن عثمان رضى الله عنه
من القول السابق مستدلا بما نقل عن ابراهيم النخعي أنه
قال : « لم يكن أحد من أصحاب النبى - صلى الله عليه وسلم -
يقول بالرد على الزوجين » ، وليس ذلك بشيء لأن خبر المثلث
أولى من خبر النافى اذا تعارضا (١) .

القول الثالث : ما أفتى به كثير من المتأخرين من علماء
الحنفية وهو الرد على الزوجين اذا لم يوجد أحد من الأقارب ،
وكان بيت المال غير منتظم ، بسبب ظلم الحكام وفساد بيت
المال ، وهو رأى حسن فى ذاته ، وان خالفوا به أصل المذهب
للملة التي أشاروا اليها - وقد ورد فى الأشباه والقنية :
يفتى بالرد على الزوجين فى زماننا لفساد بيت المال ، وظلم

(١) السيد المرجاني على شرح السراجية .

الحكام ، وهذا مما أفتى به المتأخرون - على خلاف أصل المذهب - كما أفتوا بنظر ذلك في مسألة الاستئجار على تعليم القرآن مخالفين لأصل المذهب - خشية ضياع القرآن - وقال المحقق أحمد بن سعد التفتازاني : أفتى كثير من المشايخ بالرد عليهما إذا لم يكن من الأقارب سواهما لفساد الامام وظلم الحكام في هذه الأيام .

ويؤخذ مما نقلناه أن متأخرى الحنفية يرون كما هو أصل المذهب - عدم الرد عليهما عند انتظام بيت المال ، وصرف ماله في مصارقه الشرعية ، والرد عليهما عند عدم انتظامه إذا لم يوجد أحد من الأقارب (١) .

الرابع : ما يروى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه لا يرى الرد على ثلاثة : الزوجين والجدة . أما الزوجان فلا يرد عليهما مطلقا ، وأما الجدة فلا يرد عليها إذا كان معها ذو فرض نسبي ، والا رد عليها (٢) . وحجته في الزوجين ظاهرة . أما الجدة فحجته بالنسبة إليها أن ميراثها كان طعمة بقوله - عليه الصلاة والسلام - : «أطعموا الجدات السدس» ، فلا يزداد عليه الا إذا لم يكن ثمة وارث نسبي .

القول الخامس : قول ابن مسعود : لا يرد على ستة : وهم الثلاثة الذين سبق ذكرهم ، وبنت الابن إذا كانت مع بنت الصلب ، والأخت لأب إذا كانت مع الأخت الشقيقة ، وأولاد الأم إذا كانوا مع الأم ، وبه أخذ علقمة ، وذكر بعض شراح السراجية أن الامام أحمد بن حنبل أخذ بهذا القول . وحجة ابن مسعود على الثلاثة التي اختص بها أن الفاضل من الفروض مأخوذ بطريق العضوية ، فيقدم فيه الأقرب فالأقرب (٣) .

(١) الدر المختار و رد المحتار ج ٥ ص ٥٢٠ .

(٢) كما إذا كانت مع أحد الزوجين ، فانه يرد عليهما دون الزوجين - راجع شروح

السراجية .

(٣) شروح السراجية ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٤٧ .

وبالنظر فى دليل عدم الرد على الجدة تجده غير مقنع لأن ميراثها ثابت بالسنة ، وبالإجماع ، وحينئذ فلا وجه للفرقة بينها وبين سائر أصحاب الفروض النسبية . وكذلك بالنسبة للثلاثة التى اختص بها ابن مسعود ، فإن فروضهم ثابتة بالشرع الحكيم ، وليس الفاضل مأخوذاً بطريق العسوية - كما قيل - لأن الرد على أصحاب الفروض النسبية إنما هو بقدر فروضهم .

٦ - موجز لمسائل الرد على رأى القائلين به الا على الزوجين :

هى أربعة أقسام - لأن المردود عليه اما صنف واحد أو أكثر ، وعلى كل فاما أن يوجد من لا يرد عليه أو لا يوجد - فانحصرت الأقسام فى الأربعة :

الأول : أن يكون فى المسألة جنس أو صنف واحد ممن يرد عليه مع عدم وجود من لا يرد عليه - وفى هذه ان كان فرداً واحداً كأم أو بنت أو أخ لأم - أخذ كل التركة فرضاً ورداً - لأن تقدير الفرض إنما شرع عند المزاخمة ، ولا مزاخمة هنا فيعطى جميع التركة للموجود . وان كان أفراد هذا الصنف متعددين - فاجعل المسألة من عدد رءوسهم لاستواء الكل فى الاستحقاق الأصلى ، فيستوون فى المردود أيضاً ، وذلك كما اذا ترك الميت بنتين أو ثلاث أخوات شقيقات ، فتكون المسألة من اثنين فى المثال الأول ، ومن ثلاثة فى المثال الثانى .

الثانى : أن يكون فى المسألة صنفان أو ثلاثة - ممن يرد عليه ، وليس معهم من لا يرد عليه ، وفى هذه يجعل أصل المسألة الجديد من مجموع سهامهم المأخوذة من مخرج المسألة .

وتقسم التركة عليهم بنسبة سهامهم . وفى أم وأخوين لأم .
يكون أصل المسألة من ستة لاجتماع ثلث سدس ولكنها ترد
الى ثلاثة ، وهو مجموع سهام الورثة . وفى بنتين وأم يكون
أصل المسألة أيضا من ستة ، ولكنها ترد الى خمسة : مجموع
السهام . وهكذا .

الثالث : أن يكون فى المسألة مع الصنف أو الجنس
الواحد ممن يرد عليه - من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين -
والقاعدة فيه أن تجعل أصل المسألة مخرج نصيب من لا يرد
عليه (وهو مقام الكسر الذى يستحقه) . ويعطى فرضه
منه ، ثم يقسم الباقي على رءوس من يرد عليه ان كان متعددا ،
فان كان واحدا فأعطه الباقي جميعه ، وفى زوج وبنت ابن
يعطى الزوج فرضه ، وهو الربع - من أقل مأخذ فرضه
وهو أربعة اذ هو أقل عدد يؤخذ منه الربع عددا صحيحا ،
فيأخذ سهما ، والباقي وهو ثلاثة يعطى لبنت الابن فرضا
وردا - لعدم المزاحم . وفى زوج وثلاث بنات يعطى الزوج
فرضه الربع من أربعة أيضا ، والباقي وهو ثلاثة يقسم على
عدد رءوس البنات ، لكل بنت سهم ، وهنا تستقيم القسمة
على عدد الرءوس . فان لم يستقم الباقي على عدد رءوس من
يرد عليه - اتبع فى تصحيح المسألة الطريقة الفرضية
المعروفة - كما فى المثالين الآتيين :

الأول : توفيت امرأة عن

زوج	بنات	أصل المسألة من	
$\frac{1}{4}$	$\frac{2}{3}$	وبالرد	١٢
١	٣	جزء السهم :	٤
٢	٦	وبالتصحيح تصير	٨

فللزوجة سهمان ، وللبنات ستة ، لكل واحدة سهم ،
وذلك بضرب وفق عدد رءوس البنات فى مخرج فرض من

لا يرد عليه . ونظرا لأن بين الباقي وهو ثلاثة وبين عدد
الرعوس وهو ستة - موافقة بالثلث - يقسم عددها
على ثلاثة ، فيكون الناتج اثنين ، ثم يضرب هذا في أربعة
وهو أصل المسألة بالرد - فيكون تصحيح المسألة من ثمانية .

المثال الثاني : توفيت امرأة عن :

زوج و ٥ بنات

١٢	أصل المسألة من	$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{4}$
٤	وبالرد :	٣	١
٥	جزء السهم :		
٢٠	وتصح من	١٥	٥

وإنما صحت من ٢٠ لأن الباقي بعد السهم الذي أخذه
الزوج من مخرج فرضه - هو ثلاثة ، وذلك لا يستقيم على
عدد رعوس البنات ، وبين الباقي وعدد الرعوس مباينة -
فيضرب عدد الرعوس في مخرج فرض من لا يرد عليه (أي
الأربعة) ، فيحصل عشرون : يعطى منها للزوج خمسة ،
وللبنات الخمس : خمسة عشر ، لكل واحدة ثلاثة (١) .

ومن المينوز أن تتبع في هذا القسم ، والقسم الرابع
الذي يليه طريقة الحساب المشهورة ، ومنها تجنيس الكسور ،
واستخراج المضاعف البسيط للكسور المبينة لجميع الانصباء
- إذا لم تنقسم السهام على الورثة قسمة صحيحة ، وأردت
تصحيح القسمة - ففي المثال الثاني المذكور - لأجل تصحيح
القسمة تأتي بالمضاعف البسيط للكسور المبينة للانصباء
وهي $\frac{1}{4}$ للزوج و $\frac{2}{3}$ لكل بنت من البنات الخمس ، فيكون
المضاعف المذكور هو ٢٠ : للزوج $\frac{10}{3}$ أي ربع التركة ،

(١) ملاحظة : جزء السهم هو عدد الرعوس الذي انكسرت عليه السهام ان كان بينهما
تباين فان كان بينهما توافق او تداخل - كان جزء السهم وفق عدد الرعوس « ووفقها
خارج قسمتها على القاسم المشترك بينهما وبين السهام » .

وللبينات الخمس $\frac{1}{3}$ وهي ثلاثة أرباع التركة - لكل واحدة
منهن $\frac{1}{3}$.

كذلك من السهل - إذا كانت التركة معلومة القدر -
أن تبدأ بإعطاء أحد الزوجين فرضه من التركة ، وما بقي
منها بعد فرضه يقسم على من معه من أصحاب الفروض
النسبية - بنسبة سهامهم ، فيكون نصيب كل ذي فرض منهم
من هذا الباقي هو ما يستحقه من التركة فرضا وردا .

القسم الرابع : - أن يكون مع القسم الثاني الذي سبق
ذكره - من لا يرد عليه من أحد الزوجين ، وفي هذه الحال
أيضا يجعل أصل المسألة مخرج نصيب من لا يرد عليه ،
ويعطى فرضه من مخرجه ، ثم يقسم الباقي على من يرد
عليهم بنسبة فروضهم - ففي زوجة ، وجدة وإختين لأم ؛
للزوجة سهم من مخرج فرضها وهو أربعة الذي جعل أصلا
للمسألة ، ثم يقسم الباقي وهو ثلاثة بين الجد والاختين لأم
بنسبة السدس إلى الثلث أي بنسبة ١ - إلى ٢ ، وفي حالة
انكسار السهام تصحح المسألة بمثل الطريقة السابقة . وما
قلناه - فيما سبق - من إمكان اتباع الطريقة الحسابية -
يمكن اتباعه في هذه الحالة - ففي المثال المذكور يعطى أحد
الزوجين فرضه من أصل التركة ، ويقسم الباقي منها على
باقي الورثة قسمة تناسبية ، فتأخذ الزوجة الربع فرضا ،
والجد الربع فرضا وردا ، والإختان لأم النصف كذلك ،
وهكذا :

٧ - الرد في القانون :

عرضت المادة ٣٠ من قانون الموازيث رقم ٧٧ لسنة
١٩٤٣ - للرد ، فقضت في الفقرة الأولى منها بأنه إذا لم
تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبية من النسب فإن
الباقي يرد على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة
فروضهم ، وقضت الفقرة الثانية منها بالرد على أحد الزوجين

إذا لم يوجد عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام .

وبناء على هذا يكون القانون قد أخذ برأى جمهور الصحابة ومن وافقهم من الأئمة والفقهاء - فى الرد على ذوى الفروض ما عدا الزوجين ، وإن كان قد خالف الحنفية ومن تابعهم فى تقديم الرد على العصبية السببية ، فالرد على ذوى الفروض النسبية مقدم على ذوى الأرحام وعلى العاصب السببى . وأخذ القانون برأى عثمان بن عفان رضى الله عنه فى الرد على أحد الزوجين فى حالة ما إذا لم يوجد عاصب نسبى ، ولا أحد من أصحاب الفروض النسبية ، ولا أحد من ذوى الأرحام ، ومعنى ذلك أنه لم يأخذ برأى سيدنا عثمان فى جعله الرد على الزوجين مثل الرد على سائر أصحاب الفروض - فى مرتبة واحدة ، بل جعل رتبة الرد عليهما بعد ذوى الأرحام ، وإن كانت مقدمة على العاصب السببى أيضا .

وقد قالت المذكرة التفسيرية فى بيان ذلك : « رضى من المصلحة تقرير الرد على أحد الزوجين مع تأخيره عن ذوى الأرحام . فإذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض النسبية ، ولا من العصبية النسبية ، ولا من ذوى الأرحام مع أحد الزوجين - أخذ كل الشركة فرضا وردا - لأن صلة الزوجين فى الحياة تقضى بأن يكون لأحدهما فى هذه الحالة الحق فى مال الآخر - بدلا من المستحقين الآخرين . واقتصر فى الأخذ بمذهب عثمان بن عفان على ما إذا لم يوجد مع أحد الزوجين ذو فرض أو ذو رحم - محافظة على صلة القربى التى تربط الميت بقربته قال الله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » .

وكذلك رضى من المصلحة تقديم الرد على ذوى الفروض النسبية ، وتوريث ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين - على غير العصبية من النسب ، أخذا برأى كثير من الصحابة ، منهم عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه » .

مراجع بحوث الميراث

- ١ - السراجية فى فرائض الحنفية .
- ٢ - شرح السراجية للسجاوندى ، وللمسيد الجرجانى .
- ٣ - الرحبية وشرحها للامام سبط الماردينى ، وحاشية البقرى عليه .
- ٤ - شرح السبتي على الرحبية .
- ٥ - فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب .
- ٦ - رد المختار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين ج ٥ .
- ٧ - تبين الحقائق للامام الزيلعى ج ٦ .
- ٨ - الجزء الثانى من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد (كتاب الفرائض) .
- ٩ - شرح قانون المواريث الجديد للمرحوم الأستاذ عبد الوهاب خلاف .
- ١٠ - أحكام التركات والمواريث للعالم الجليل الأستاذ محمد أبو زهرة .
- ١١ - التشريع الاسلامى للمؤلف .
- ١٢ - قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .
- ١٣ - المذكرة التفسيرية لهذا القانون .
- ١٤ - منح الجليل .
- ١٥ - حاشية ابن المدنى على الزرقانى .

بحوث فقهية أخرى

كما ذكرنا - فيما مضى - بحوثا فقهية للدراسة المقارنة
فى بابى الوصية والميراث - نذكر لك بحوثا أخرى لتلك -
الدراسة - مما يحتمله المقام ، وقد ناتى - فى تضاعيف
ذلك بنماذج من بعض الكتب التى عنيت بذكر اختلاف
العلماء والأئمة فى الأحكام الفقهية :

اختلاف الأئمة والفقهاء فى النكول عن اليمين ،

وفى زد اليمين على المدعى

(١) - معنى النكول وحجته واختلاف الأئمة فيها :

النكول عن اليمين هو الامتناع عنها اذا وجهت من
القاضى الى المدعى عليه - بناء على طلب المدعى - على ما هو
معروف فى حكم الدعوى (١) وهو حجة عند الحنفية - يثبت
بها المدعى به فاذا أنكر المدعى عليه الدعوى ، وكلف المدعى
اثباتها ، فعجز عن الاثبات ، وطلب يمين المدعى عليه ،
فوجهت اليه من القاضى وامتنع عنها - حسم عليه بدعوى
المدعى عندهم - غير أنه ينبغى للقاضى ألا يحكم عليه
بالنكول الا بعد ان يعرض عليه اليمين ثلاث مرات - مبالغة
فى الاعذار ، ولكن لو قضى عليه بالنكول بعد العرض مرة
- جاز وهو الصحيح (٢) ولو قضى عليه بالنكول ثم أراد أن
يحلف - لا يلتفت اليه ، والقضاء على حاله لأنه أبطل حقه
فى اليمين بالنكول الذى اتصل به القضاء ، فلا يعود اليه هذا
الحق . أما اذا أراد أن يحلف بعد النكول وقبل القضاء -

(١) يعلم تفصيل ذلك بالرجوع الى بحوث المرافعات الشرعية فى كتب المذهب الحنفى

وغيره .

(٢) المرافعات الشرعية للمؤلف طبعة سنة ١٩٢٢ من ٨٥ .

فانه يجاب الى طلبه - لأن النكول لا يصير حجة ملزمة عند الحنفية الا اذا اتصل به القضاء (١) وخالف الشافعي رحمه الله الحنفية - فقال ان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة - كما هو الشأن في المسلم - ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة - كما فعل عثمان رضى الله عنه - لما وجهت اليه اليمين ، فامتنع عنها ، وقال : أخاف أن يوافقها قضاء ، فيقال : ان عثمان حلف كاذبا - ويحتمل أيضا أن يكون نكوله لاشتباه الحال بأن كان لا يدرى أصادق هو في انكاره فيحلف ، أم كاذب فيه فيمتنع ، وهذا يظهر اذا كان بين المدعى والمدعى عليه تعامل وحساب طال عليه الزمن - وبناء على ذلك لا يصح أن يكون نكول المدعى عليه حجة مع هذا الاحتمال ، بل ترد اليمين على المدعى - فاذا حلف قضى له بما يدعيه - وقول مالك رحمه الله في هذا كقول الشافعي (٢) ، وسيأتى بيان ذلك فيما بعد - وبعضهم اعتبر القضاء بالنكول - قضاء بالقرائن في الحقيقة :

٢ - أيعتبر النكول عن اليمين اقرارا أم بدلا ؟
ومع اتفاق الحنفية على اعتبار النكول حجة - اختلف الامام مع صاحبيه في ذلك : فأبو حنيفة اعتبر النكول بدلا ، ومعنى البذل ترك منع المدعى والاعراض عن منازعته فيما يدعيه ، وحجته أن النكول عن اليمين يحتمل أن يكون بدلا ويحتمل أن يكون اقرارا - لحصول المقصود بكل منهما - لكن حمله على البذل أولى من حمله على الاقرار لأنه لو جعل اقرارا لكذبناه في انكاره السابق ، ولو جعلناه بدلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى لما فيه من صيانة المسلم من أن يظن به الكذب .

والصاحبان اعتبروا النكول اقرارا - أى بدلا عن الاقرار ، وقائما مقامه في قطع الخصومة ، أو هو بمنزلة الاقرار ،

(١) المصدر السابق .

(٢) طرق القضاء في الشريعة الاسلامية للشيخ أحمد ابراهيم ص ٢٤٣ طبعه سنة ١٣٤٧ هـ .

وان لم يكن اقرارا من كل وجه - ألا ترى أن الاقرار موجب للحق بنفسه - لا يتوقف على قضاء القاضى ، أما النكول عن اليمين فلا يثبت به الحق بمجرد حصوله ، وانما يصير كالإقرار بقضاء القاضى .

وحجة الصاحبين أن النكول عن اليمين يدل على أن الناكول كاذب فى انكاره السابق ، وأنه مقرر - فى المعنى بما ادعاه المدعى - إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين - لأن فى اليمين الصادقة الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم ، وبها صيانة مال الحالف ، وعرضه ، بدفع تهمة الكذب عن نفسه ، والمائل يميل الى مثل هذا طبعاً - فالظاهر أنه امتنع عنها توقياً لما يترتب على اليمين الكاذبة من الائم ، وإثارة للرجوع الى الحق ، وهو أولى من التماضى فى الباطل . ولا وجه لحمل النكول على البذل لأن النكول يصح ممن لا يصح منه البذل كالمكاتب والعبد المأذون له فى التجارة ، ويصح فى الدين ولا يجوز بذله ، ويجب على القاضى أن يقضى به ، ويصح إيجابه فى الذمة ابتداءً ، ولو كان بذلاً ما صح وما يجب - فتمعين أن يكون اقراراً أو بمنزلة الاقرار ، أى بدلاً عنه .

وأنت اذا وازنت بين الرايين وأدلة كل منهما تبين لك رجحان رأى الصاحبين ، وقوته .

ولما كانت فائدة الاستحلاف هى القضاء بالنكول ، وكان النكول بذلاً عند أبى حنيفة ، وقائماً مقام الاقرار عند الصاحبين ، وكان بعض الأشياء لا يصح فيها البذل ، وبعض الدعاوى لا تثبت باقرار فيه شبهة لأن الحكم يندرى فيها بالشبهات « والنكول اقرار فيه شبهة » - لما كان الأمر كذلك - اختلف الامام وصاحباؤه فى أحكام بعض المسائل ، واتفقوا فى أحكام بعضها من حيث التحليف فيها أو عدم التحليف على الوجه الآتى :

(أ) فدعاوى الأموال وما فى حكمها كالحقوق - يحلف فيها على قولهم جميعا لأنها من جهة يصح فيها البذل ، ومن جهة أخرى تثبت بالاقرار .

(ب) وفى الحدود واللعان - لا يستحلف المنكر اتفاقا . أما على قول الامام فلأن البذل لا يصح فى شىء منها ، وأما على قولهما فلأن النكول اقرار فيه شبهه لانه هو فى نفسه سكوت أو تصريح بالامتناع عن اليمين ، والحدود تندرىء بالشبهات ، واللعان فى معنى الحد - غير أنه فى السرقة اذا طلب المسروق منه ضمان المال - يستحلف السارق - فاذا نكل عن اليمين ضمن المالك ، ولكنه لا يحد . وذلك لأن المنوط بفعله شيان : أولهما ضمان المال ، وهذا يصح فيه البذل والاقرار ، وثانيهما الحد ، وهو لا يثبت بالنكول على كلا القولين .

(ج) وهنالك اشياء تثبت بالاقرار . ولكن لا يصح فيها البذل ، وفى هذه يستحلف المنكر على قولهما ، ولا يستحلف على قوله ، وهى سبعة بالاستقراء ، وهى دعوى النكاح المجردة عن المال ، والرجعة ، والفىء فى الايلاء ، والنسب ، والرق ، والولاء ، والاستيلاء (١) وقد عدها بعضهم ستة . بادخال الاستيلاء فى النسب . وفى هذه المسائل لا يستحلف المنكر على قول أبى حنيفة لأنه اعتبر النكول بذلا وإباحة (٢) .

وهذه الأشياء السبعة لا يجرى فيها البذل والإباحة - فلم يبق للاستحلاف فائدة عنده . أما الصحابيان فانهما يريان التحليف فيها لأنهما يعتبران النكول اقرارا ، وهذه الأشياء يصح الاقرار بها ، فكان فى توجيه اليمين فائدة . والفتوى على قولهما - كما فى الكنز وغيره - وقيل ينبغى .

(١) ليس هنا موضع بيانها بالتفصيل لانه غير داخل فى بحثنا - فيرجع فيها الى المرافعات الشرعية والى كتب المذهب الحنفى .

(٢) راجع تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٩٧ .

للقاضى أن يعظر فى حال المدعى عليه : فإن رآه متعنتا
يخلفه - أخذا بقول المصاحيين ، وإن رآه مظلوما لا يخلفه -
أخذا بقول الامام « راجع تكملة فتح القديز » -

٣ - اختلاف الأئمة والفقهاء فى الحكم بالنكول ، ورد
اليمين :

سبق القول بأنه اذا عجز المدعى عن إقامة البيعة واشبات
دعواه ، فله توجيه اليمين الى المدعى عليه ليحلف على نفى
دعواه ، فإذا نكل وامتنع عن اليمين ، فهل يحكم عليه بمقتضى
نكوله ؟

اختلفت الأئمة من فقهاء المسلمين على أربعة أقوال :
القول الأول : أن النكول عن اليمين من طرق الحكم ،
فيحكم على المدعى عليه اذا نكل عن اليمين ، ولا ترد يمين
على مدع ، وهو قول عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وقول
أحمد فى إحدى الروايتين - وبه قال أبو حنيفة وأصحابه
واختاره أصحاب أحمد (١) -

استدل الحنفية ومن وافقهم بعدة أدلة منها :

أولا : قوله عليه الصلاة والسلام : « كما جاء فى شيبين
الحقائق للزيلعى : « لو أعطى الناس يدعواهم لأدعى ناس
دماء رجال وأموالهم - لكن اليمين على المدعى عليه » يجعل
جنس اليمين على المنكر ، لأن الألف واللام للاستغراق ،
وليس وراءه شيء حتى يكون على المدعى ، ولقوله عليه
الصلاة والسلام أيضا : « والبينة على المدعى واليمين على من
أنكر » - قسم بينهما ، والقسمة تنافى الشركة وفيه الألف
واللام أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة
واليمين (٢) -

(١) الطرق الحكيمة لابن القيم ، وطرق القضاء للشيخ أحمد ابراهيم

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٩٤ -

وثانيا : ما روى عن عمر رضى الله عنه أن امرأة ادعت عنده على زوجها أنه قال لها : حبلك على غاربك ، فحلف عمر الزوج : ما أردت طلاقا ، فنكل فقضى عليه بالفرقة (١) .

وثالثا : ما رواه مالك أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم ، وباعه بالبراءة من كل عيب ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم يسمه . فقال ابن عمر : انى بعته بالبراءة ، فقضى عثمان بن عفان على ابن عمر باليمين ، أن يحلف له : لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف له ، فحكم عليه عثمان بنكوله ، ورد عليه العبد . فلم ينكر ذلك ابن عمر من حكمته قال ابن القيم : فهل يوجد امامان أعلم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبمعنى حديثه منهما ؟ (٢) .

ورابعا : ما رواه شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه عن عمر وعثمان وعلى وعبد الله بن عمر وابن عباس وأبى موسى الأشعرى ، رضى الله عنهم ، أنهم قضوا بالنكول ، ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك ، فحل محل الاجماع (٣) ونقل الزيلعى أنه روى عن علي أنه وافق اجماعهم لما روى عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى ، فقال ليس لك اليه سبيل ، وقضى بالنكول بين يدي على ، فقال له على رضى الله عنه : قالون ، ومعناها بالرومية أصبت . ودعوى الاجماع غير مسلم بها لثبوت الاختلاف ، وما نسبته كتب الخنفية مما روى عن علي وشريح ، قد روى غيره عنهما ، كما سيأتى بعد .

وخامسا : لأن النكول يدل على كونه باذلا أو مقرا ، اذ لولا ذلك لأقدم على اليمين أداء للواجب ، ودعما للضرر عن

(١) المصدر السابق .

(٢) الطرق الحكيمة .

(٣) حاشية الزيلعى ج ٤ ص ٢٩٥ .

نفسه ، فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه (١) . وذلك لأن الظاهر انه يأتى بالواجب عليه من الحلف ويدفع به الضرر عن نفسه ، فلا يترفع عن اليمين الصادقة ، وأما التورع عن اليمين الكاذبة فلأنه لا يكون يترك الواجب ، بل باعطاء خصمه حقه ، فيسقط الواجب عن عهده ، وأما اشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ، بل يتحرى ، فيقدم على اقامة الواجب وهو اليمين أو يعطى حق خصمه ، وإذا لم يبق الا أن نعتبر الناكل اما باذلا ، على ما رآه الامام ، أو مقرا على ما ذهب اليه صاحبان (٢) . ثم قال الزيلعى : ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما روينا من أن اليمين على المنكر .

القول الثانى : أنه لا يقضى بالنكول ، بل ترد اليمين على المدعى : فان حلف قضى له ، وان نكل لا يقضى له بشئ . وهذا مروي عن عمر وعلى والمقداد بن الاسود وأبى بن كعب وزيد بن ثابت ، والأوزاعى وابراهيم النخعى ، وابن سيرين وشريح ، وهو مذهب مالك والشافعى ، وصوبه الامام أحمد (٣) .

وقد استدل هؤلاء أيضا بما يأتى :

أولا : أن اليمين انما وجبت - فى الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له ، لتمسكه بالبراءة الأصلية ، اذ الأصل براءة ذمته مما يدعيه المدعى ، فاذا نكل هو كان الظاهر شاهدا للمدعى ، فيحلف (٤) . وقد رد أصحاب الرأى الأول هذا الدليل بأنهم لا يسلمون بأن المدعى صار منكرا ، اذ يلزم منه عدم تعيين المدعى والمنكر ، وعدم لزوم اليمين على معين ،

(١) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٦ .

(٢) الزيلعى وطرق القضاء .

(٣) راجع الطرق الحكمية . وكتاب طرق القضاء فى الفريضة الاسلامية

(٤) تبين الحقائق .

ويلزم التسلسل في رد اليمين ، وكل ذلك باطل ، فكذا ما يؤدي اليه (١) .

وثانيا : لما سبق ذكره من أن النكول يحتمل أن يكون لأجل اشتباه الحال على المدعى عليه ، أو لأجل التورع عن اليمين الكاذبة ، أو لأجل الترفع عن اليمين الصادقة ، كما فعل عثمان رضى الله عنه - فلا يكون النكول حجة مع هذا الاحتمال ، فلا يقضى به . ونوقش هذا من أصحاب القول الاول أيضا بأن اليمين واجبة على المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : « واليمين على من أنكر » وبها يدفع الضرر عن نفسه . والعاقل المتبع لدينه لا يترك الواجب عليه ولا يتحرك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه التي يحتملها النكول . على ما سبق بيانه في الدليل الخامس من أدلة القول الأول .

وثالثا : ما رواه الدارقطني من حديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رد اليمين على طالب الحق ، وما رواه الشعبي أن المقداد استسلف من عثمان سبعة آلاف درهم ، فلما تقاضاه قال : انما هي أربعة آلاف فقال عثمان انها سبعة ، وقال المقداد ما كانت الا أربعة . فلم يزا لا حتى ارتفعوا الى عمر : - فقال المقداد : يا أمير المؤمنين : ليحلف أنها كما يقول وليأخذها ، فقال عمر أنصفك ، احلف أنها كما تقول ، وخذها ، فلم يحلف عثمان رضى الله عنه ، فقال عمر : خذ ما أعطاك - فهذا عمر قد حكم برد اليمين ، ورأى المقداد ذلك ، ولم ينكره عثمان ، فهؤلاء ثلاثة من أجلاء الصحابة قالوا برد اليمين . ولكن الحنفية أجابوا عن هذا بأن المقداد كان يدعى الايفاء على عثمان ، وعثمان ينكره ، فاليمين انما وجهت الى المنكر .

(١) تكملة فتح القدير .

كذلك استدلو بما روى عن علي رضي الله عنه أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه ، وروى عن شريح أنه كان يقضى برد اليمين ، فإذا قضى على المدعى عليه اليمين - أى قال له احلف - فردها على الطالب ، فلم يحلف - لم يعطه شيئاً (١) .

وبالنظر في القولين السابقين ، وفي أدلتهم - نجد أن لكل منهما ما يؤيد وجهة نظره ، وفي كل منهما قوة ومقنع ، ولذلك فتحن نميل إلى أنه إذا نكل المدعى عليه عن اليمين - فإن القاضى يتحرى وينظر فى الشواهد والقرائن التى تحف بالدعوى فإن وجدها مرجحة لكذب المدعى عليه فى انكاره السابق - حكم عليه بالنكول كما يقضى بذلك القول الأول ، وإن وجدها مرجحة لكون نكوله ناشئاً عن الاشتباه - رد اليمين على المدعى كما يقضى بذلك الرأى الثانى

القول الثالث : أنه لا يقضى عليه بنكول ، ولا برد يمين (٢) ، بل يجبر المدعى عليه على اليمين ، شاء أم أبى - بالضرب والحبس . وهذا قول ابن حزم ومن وافقه من أهل الظاهر - محتجين بأنه لم يأت قرآن ولا سنة ولا إجماع - بالقضاء بالنكول ، ولا باليمين المردودة وهذا القول ضعيف لما تقدم من الأدلة ، ولأنه لو ترك ونكوله لأفضى إلى ضياع حقوق الناس بالصبر على الحبس ، فإذا نكل عن اليمين ضعف جانب البراءة الأصلية فيه ، وقوى جانب المدعى : فاما أن يحكم على المدعى عليه بالنكول كالرأى الأول ، وأما أن ترد اليمين على - المدعى كالرأى الثانى .

(١) تبين الحقائق ، والطرق الحكمية ، وطرق القضاء ، وفقه الإسلام .
(٢) أصحاب هذا الرأى قالوا لا ترد اليمين إلا فى ثلاثة مواضع : أحدها القسامة ، والثانى الوصية فى السفر إذا كان الشهود فيها غير مسلمين ، والثالث إذا أقام المدعى شاهداً واحداً فإنه يحلف معه ، وسبب استثنائها فى نظرهم أن نص القرآن جاء برد اليمين فى مسألة الوصية ، ونص السنة جاء فى مسائل القسامة والشاهد واليمين - فاقصروا على ما جاء به النص ، ولم يعدوا ذلك إلى غيره - الطرق الحكمية ص ١١٨ ، ١١٩ .

القول الرابع : - قول شيخ الاسلام ابن تيميه ، وهو
توفيق بين القولين الأول والثانى ، ودفع للتعارض بين
النصوص التى استدل بها كل من الفريقين - قال - رحمه الله :

ليس المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم فى النكول
ورد اليمين بمختلف ، بل هذا له موضع ، وهذا له موضع .

فكل موضع أمكن المدعى معرفة المدعى والعلم به ، فرد
المدعى عليه اليمين ، فانه ان حلف استحق ، وان لم يحلف لم
يحكم له بنكول المدعى عليه . وهذا كحكومة عثمان والمقداد ،
فان المقداد قال لعثمان : اِحلف اَنْ الذى دفعته الى كان سبعة
آلاف ، وخذها - فالمدعى هنا يمكنه معرفة ذلك والعلم به ،
كيف وقد ادعى به ، فاذا لم يحلف لم يحكم له الا ببينة أو
اقرار . وفى كل موضع لا يعلم المدعى جلية الأمر فيما
يدعى ، بل المدعى عليه هو المتفرد بمعرفته فانه اذا انكل عن
اليمين - حكم عليه بالنكول ، ولم ترد اليمين على المدعى -
كحكومة عبد الله بن عمر وغريمه فى مسألة بيع الغلام - فان
عثمان قضى عليه أن يحلف أنه باع الغلام وما به داء يعلمه
وهذا يمكن أن يعلمه البائع ، فانه انما استحلطه على نفى
العلم - فلما امتنع عن هذه اليمين - قضى عليه بنكوله اذ لم
تبق حاجة لرد اليمين على المدعى . قال : وعلى هذا اذا وجد
بخط أبيه فى دفتره أن له على فلان كذا ، فادعى به عليه ،
فنكل ، وسأل تحليف المدعى أن أباه أعطاه كذا - فانه لا يجاب
الى طلبه لأن المدعى عليه هو الذى يتفرد بعلم ذلك (١)
ولا شك أن هذا تفصيل حسن ، ورأى له ما يقويه ويؤيده .

(١) الطرق الحكيمة ص ٨٦ .

مراجع هذا البحث

- ١ - الطرق الحكمية لابن القيم •
- ٢ - طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم
- ٣ - تبیین الحقائق ج ٤ للإمام الزيلعي •
- ٤ - تكملة فتح القدير •
- ٥ - فقه الإسلام للمؤلف •
- ٦ - المرافعات الشرعية للمؤلف •

اختلاف الأئمة والفقهاء فى القضاء

بشاهد واحد ويمين المدعى

١ - إذا أقام المدعى شاهدا واحدا ، وعجز عن الآخر -
فهل يحلف المدعى ، ويقضى له بشأهه ويمينه ، أم أنه لابد
من شاهد آخر - فلا يحلف المدعى ، ولا يقضى بيمينه أصلا ؟

اختلاف الأئمة والفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : أن المدعى إذا أقام شاهدا واحدا وعجز
عن الآخر - يحلف ، فإذا حلف - قضى له بشأهه ويمينه ،
وهو مذهب جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم : منهم
الخلفاء الأربعة الراشدون ، وأبى بن كعب ، وابن عباس ،
وعمر بن عبد العزيز وشريح والشعبى وربيعه ، وفقهاء
المدينة والناسر والهادوية ، ومالك والشافعى وأحمد وأهل
الحجاز جميعا (١) .

وحجة هذا القول عدة أحاديث رواها نيف وعشرون من
الصحابة - رضى الله عنهم - عن رسول الله - صلى الله عليه
وسلم - أنه قضى بشاهد ويمين - منها :

أولا : ما رواه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه عن
ابن عباس أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم - قضى بيمين
وشاهد .

وثانيا : ما رواه أحمد والدارقطنى عن على بن أبى

(١) حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٤ ص ١٩٤ نقلا عن الاتانى ، وطرق القضاء

للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

طالب أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق *

وثالثا : ما روى عن ربيعة عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة : « أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى باليمين مع الشاهد الواحد » - رواه ابن ماجه والترمذى وأبو داود * الى غير ذلك من الأحاديث (١) *

وقد نوقشت هذه الآثار من جانب الذين لا يرون القضاء بشاهد ويمين المدعى بأن ما رواه الشافعى ضعيف - رده يحيى بن معين فلا يعارض الحديث المشهور : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، ولأن الحديث الثالث يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح ، وقد أنكره سهيل - فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى - فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير ، ولأنه يحتتمل أن يكون معناه : قضى تارة بشاهد ، يعنى بجنسه ، وتارة بيمين ، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما ، وهذا كما يقال : ركب فلان الفرس والبغل ، والمراد على التعاقب ، ولئن سلم أنه يقتضى الجمع - فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى ، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ، وهم يقولون به - لأن الشاهد الواحد لا يعتبر ، فوجوده كعدمه - فيرجع الى يمين المنكر - عملا بمشاهير الأحاديث الأخرى التى تفيد قصر البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه (٢) *

وما وجه الى الأحاديث السابقة غير مسلم به : فهى ردود ضعيفة ، وذلك لأن أحاديث القضاء بشاهد ويمين المدعى قد رواها جمع عظيم من الصحابة ، واشتهرت بين المحدثين ، وروى كثير منها فى الكتب الستة ما عدا صحيح البخارى ، وأما حديث : « البينة على المدعى ... » فلم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة ، وانكار سهيل الحديث الذى رواه عنه ربيعة - سببه أنه أصاب سهيلا علة أذهبت بعض عقله ، ونسى

(١) المصدر السابق *

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٩٤ *

بعض حديثه ، فهو انما قال : « لا أحفظه ولا أتذكره » ، وهذا لا يضر بعد أن ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى - بعضها صحيح ، ورجاله كلهم ثقات • وما قيل من الاحتمال المذكور - فيه تعسف ، يصعب قبوله والتسليم به ، ويضعفه ما صرح به فى الحديث الثانى من أنه قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق ، كما يوهنه أيضا أن العليم باللغة - يعرف أن المعية تقتضى أن تكون بين شيئين من جهة واحدة لا فى المتضادين - كما قال ابن عربى (١) •

القول الثانى : لا يحلف المدعى ، بل لابد من شاهد آخر . فان عجز عنه وجهت اليمين الى المدعى عليه بناء على طلب المدعى - على ما سبق بيانه فى مبحث النكول عن اليمين وهو مذهب الحنفية الذين لا يجيزون الحكم بشاهد ويمين المدعى - حتى قالوا لو قضى القاضى بذلك - لا ينفذ قضاؤه لمخالفته للحديث المشهور : البينة على المدعى واليمين على من أنكر (٢) • فهم يخالفون الشافعية ومن وافقهم فى موضعين : أحدهما اذا أبى المدعى عليه الحلف - حلف المدعى عند الشافعى ، فان حلف قضى له على المدعى عليه ، والثانى : اذا أقام المدعى شاهدا واحدا ولم يكن له شاهد آخر وحلف المدعى - قضى له أيضا ، وعند الحنفية : لا يقضى بيمين المدعى فى الموضعين (٣) •

وممن ذهب الى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين : زيد بن على بن الحسين ، والزهرى والنخعى وابن شبرمة والامام يحيى ، وأبو حنيفة وأصحابه - رحمهم الله أجمعين • استدلل الحنفية بما يأتى :

أولا : بما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم

(١) طرق القضاء •

(٢) راجع التنوير والدر فى الكلام على ما لا ينفذ من قضاء القاضى •

(٣) حاشية الشلبى على الزيلعى •

ودماهم ، لكن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر (١) ،
ويجديث : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (٢) ،
ووجه استدلالهم بذلك أن الحديث قسم بين الخصمين ، فجعل
البينة على المدعى ، واليمين على المنكر ، والقسمة تنافى
الشركة - لأنها تقتضى الخلط وعدم التمييز ، والقسمة
تقتضى التمييز . ولأن الحديث يفيد أن جنس البينة على
المدعى ، وجنس الأيمان على المنكرين ، ومعنى ذلك أن جميع
أفراد البينة على المدعين ، وجميع أفراد الأيمان على المنكرين
- فلو ردت اليمين على المدعى - لزم المخالفة لهذا النص .

وثانيا : يقول الله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من
رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون
من الشهداء » ، وقوله : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ،
فالقضاء بشاهد ويمين مخالف لكتاب الله وللسنة المشهورة -
فيجب أن يرد .

٢ - وبالتأمل نجد أن القضاء بشاهد ويمين المدعى
لا مخالفة فيه للكتاب ولا السنة - لأن عدم ذكر الشاهد
واليمين فى الكتاب لا يستلزم عدم صحة القضاء بهما ،
خصوصا وقد وردت بذلك السنة الصحيحة ، وليس فى سنن
رسول الله سنة واحدة تخالف كتاب الله . وأحاديث العمل
بالشاهد واليمين - كما ذكر الامام الشوكانى - أتت بزيادة
على ما دل عليه قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » ،
وعلى ما دل عليه قوله - صلى الله عليه وسلم - « شاهداك أو
يمينه » ، وهذه الزيادة غير منافية للأصل - فقبولها محتم ،
وغاية ما يقال - على فرض التعارض - أن الآية والحديث
المنكورين يدلان بمفهوم العبد على عدم قبول الشاهد
واليمين ، وعدم جواز الحكم بمجردهما ، وهذا المفهوم مردود

(١) متن الأربعين النووية ، وذكر أنه حديث حسن رواه البيهقى وغيره هكذا .

(٢) تبين الحقائق ، وطرف القضاء .

عند أكثر أهل الأصول ، ولا يقوى على معارضة المنطوق
المستفاد من أحاديث العمل بالشاهد واليمين . هذا الى أن
الحنفية لا يعملون أصلا بمفهوم العدد ، فالحجة عليهم أوضح
واتم (١) .

وقال ابن تيمية ما خلاصته : القرآن لم يذكر الشاهدين ،
والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم ،
وانما ذكر هذين النوعين من البيّنات في الطرق التي يحفظ
بها الانسان حقه - كما في آية التداين - تعليما وارشادا
لما تحفظ به الحقوق . وما تحفظ به الحقوق شيء ، وما يحكم
به الحاكم شيء آخر - فان طرق الحكم أوسع من الشاهدين ،
والرجل والمرأتين ، فان الحاكم يحكم بالنكول ، ولا ذكر له
في القرآن ، فان كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفا لكتاب
الله - فالحكم بالنكول أشد مخالفة .

فان قال أصحاب القول الثاني : ان الأحاديث التي
أخذنا بها شهيرة ، فوجب العمل بها لشهرتها - قيل لهم :
أحاديث القضاء بالشاهد أو اليمين رواها نيف وعشرون
صحابيا ، وفيها ما هو صحيح - فأى شهرة تزيد على هذه
الشهرة ؟ (٢) .

٣ - وممن انتصر للرأى الأول ابن عربي : والشوكاني ،
وابن تيمية ، وابن قيم الجوزية . وقد انتصروا له بحق ،
وذلك لوضوح أدلته ، وقوة حجته ، وضعف ما رد به أصحاب
القول الثاني على ما رآه أصحاب الرأى الأول ، ولأن الأساس
في طرق الاثبات هو أن كل ما يبين الحق ويظهره ، ويقتنع
به ضمير القاضى - ينبغى قبوله ، وقد يكون في الشاهد
واليمين ما يحقق ذلك .

(١) راجع نيل الاوطار للشوكاني وطرق القضاء في الشريعة الاسلامية .

(٢) المصدر السابق .

ويحسن أن نختم هذا البحث بذكر ما يؤيد وجهة نظرنا
- مما قاله ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية - قال في
ترجيح القضاء بشاهد ويمين المدعى ما خلاصته :

١ - أحاديث القضاء بالشاهد واليمين أصح وأشهر من
حديث (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) والحديث
الأخير لم يروه أحد من أهل الكتب الستة .

٢ - أنه لو قاومها في المصلحة والشهرة - لوجب تقديمها
عليه لخصوصها وعمومه :

٣ - أن اليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه ، حيث
لم يترجح المدعى بشيء غير الدعوى ، فيكون جانب المدعى
عليه أولى باليمين لقوته بأصل براءة الذمة ، فكان هو أقوى
المتداعين باستصحاب الأصل - لهذا اكتفى باليمين من
جهته ، فإذا ترجح المدعى بنكول أو شاهد - كان أولى باليمين
لقوة جانبيه بذلك : فاليمين مشروعة في جانب أقوى
المتداعيين ، فأيهما قوى جانبه شرعت اليمين في حقه ، وهذه
قاعدة الشريعة المطردة - وعلى هذا إذا أقام المدعى شاهداً
واحداً - قوى جانبه ، فيرجح على جانب المدعى عليه الذي
ليس معه إلا استصحاب الأصل ، وهو دليل ضعيف ، يرفع
بكل دليل يخالفه ، ومنه شهادة الشاهد الواحد ، ثم نقوى
شهادته بيمين المدعى ، فأى قياس أحسن من هذا وأوضح مع
موافقته للنصوص والآثار التي لا تدفع ؟ (١) .

(١) الطرق الحكمية ص ٧٤ ، ٧٥ « طبعة سنة ١٣١٧ هـ » .

مراجع البحث

- ١ - تبیین الحقائق وحاشیة الشلبی علی الزیلعی •
- ٢ - نیل الأوطار للامام الشوكاني •
- ٣ - طرق القضاء فی الشریعة الاسلامیة للعالم الفقیه
الشیخ أحمد ابراهیم •
- ٤ - الطرق الحکمیة لابن قیم الجوزیة •

اختلاف الفقهاء فيما يشهد به الرضاع

روى عن عمر وعلى والمغيرة بن شعبة وابن عباس - انهم لم يفرقوا بين الزوجين بشهادة امرأة واحدة في الرضاع (١) . ومن ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب أنه أتى بامرأة شهدت على رجل وامرأته انها قد أرضعتهما ، فقال : لا - حتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان ، كما روى عنه أنه قال : لو فتحنا هذا الباب لم تنشأ امرأة أن تفرق بين رجل وامرأة الا فعلت - وهذا هو رأى الحنفية ، فانه لا يقبل عندهم - في الرضاع - شهادة النساء منفردات - لأن الحرمة بالرضاع متى ثبتت ترتب عليها زوال النكاح ، وابطال الملك لا يشهد الا بشهادة الرجال ، ولأنه مع إمكان اطلاع الرجال عليه -

وقال الأوزاعي (٢) : أقضى بشهادة امرأة واحدة قبل النكاح ، وأمنع من النكاح ، ولكن لا أفرق بشهادتها بعد النكاح . وعند الشافعي : لا يقبل أقل من أربع نسوة ، أو رجل وامرأتين . وعند مالك : يقبل فيه شهادة امرأتين - لأن الرضاعة لا تكون الا بظهور الثدي والنحر ، وهذه من محاسن النساء التي قد فرض الله شترها على الرجال الأجانب . وعن أحمد روايتان : رواية كمالك ، والثانية - وهي أشهر - أنه يثبت بشهادة امرأة واحدة ، فقد سئل : هل تجوز شهادة المرأة ؟ فقال : شهادة المرأة في الرضاع ، والولادة - فيما لا يطلع عليه الرجال - قال : وأجوز شهادة امرأة واحدة اذا كانت ثقة ، فان كان أكثر فهو أحب الى (٣) .

(١) الطرق الحكيمة ص ٧٢ ، ٦٣٨ طبعة سنة ١٣١٧ هـ .

(٢) المصدر السابق ص ١٣٨ .

(٣) المصدر نفسه ص ٨٠ ، ١٤٣ وانظر فقه الاسلام للمؤلف ص ٢٨٠ ، ٢٩١ من الطبعة

اختلافهم في ارث المرأة اذا طلقها زوجها في مرض موته

اذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقا بائنا ، ومات من مرضه الذي طلق فيه - فقد ذهب الشافعي وجماعه الى أنها لا ترثه - لأن الطلاق قد وقع ، فيجب أن يقع بجميع أحكامه - بدليل أنه لا يرثها اذا ماتت ، ويعسر أن يقال : ان في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق ، وبعض أحكام الزوجية - وهذه الطائفة لا تقول بسد الذرائع في هذه الحالة ، وانما لحظت وجوب الطلاق ووقوعه ، ولذلك لم توجب للمطلقة طلاقا بائنا ميراثا ، وإن وقع الطلاق في مرض الموت -

ولكن أكثر العلماء والفقهاء قالوا : انها ترثه - لأنهم يرون وجوب العمل بسد الذرائع - اذ المريض مرض الموت اذا طلق زوجته بائنا - مع توافر الشروط الأخرى لتحقيق مظنة الفرار - يكون متهما بأنه انما طلقها ليقطع حظها من الميراث فيعامل بنقيض ما قصد - غير ان القانين بارتها ثلاث طوائف :

الأولى : قالت : لها الميراث - مادامت في العدة - وممن قال بهذا أبو حنيفة واصحابه والثوري ، وذلك لان العدة من بعض أحكام الزوجية ، فكانهم شبهوها بالمطلقة طلاقا رجعيا ، وروى هذا القول عن عمر وعائشة -

الثانية : قالت : لها الميراث ما لم تتزوج ، وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى وذلك لأنها اذا تزوجت من غيره قبل موته - فقد قطع فرض قيام الزوجية بينها وبين مطلقها قطعا تاما ، اذ لا يتصور أن يكون لها زوجية من اثنين -

الطائفة الثالثة : ذهبت الى أنها ترث مطلقا ، سواء أكانت في العدة أم لم تكن ، تزوجت أم لم تتزوج ، وهو

مذهب مالك والليث (١) . وبالمقابلة والموازنة تجدد أوسط الآراء . وأقربها إلى القبول - رأى من يقول انها تراث مادامت في العدة ، ثم رأى من يقول : انها تراث ما لم تتزوج . أما القول بأنها لا تراث أصلا ، أو بأنها تراث مطلقا - ففنى كلي منهما بعد عن الأصول .

وبرأى الحنفية ومن وافقهم أخذت الفقرة الأخيرة من المادة ١١ من قانون الميراث ، ونصها :

« وتعتبر المطلقة يائنا في مرض الموت في حكم الزوجة اذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عيته » .

اختلاف الأئمة والفقهاء في تفسير القروء

عدة الحرائر (٢) من المطلقات المدخول بهن - اذا كن من ذوات الحيض ثلاثة قروء - لقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » .

ولكن العلماء والفقهاء اختلفوا من هي هذه الآية في الاقراء : أي الحيض ، أم هي الاطهار ؟ وقد عرض لبيان ذلك كثير من كتب الفقه والتفسير والحديث وفي صيورها كتب التفسير المطولة ، وكتاب نيل الأوطار للشوكاني ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ، وزاد المعاد ، وأحكام القرآن لأبي بكر الرازي . وقد أردنا أن نقدم لك نموذجا - في هذا المبحث - مختارا من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد - قال مؤلفه - رحمه الله - ما خلاصته :

(١) راجع اختلاف العلماء في هذه المسألة - في الجزء الثاني من بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص ٧٢ من طبعة سنة ١٣٣٩ هـ .

(٢) أما الأمة فعدها حبيستان عند جمهور الأمة ، وخالف في ذلك ابن سيرين ومكحول وابن حزم ، فقالوا عدتها كالمرأة .

اختلفوا من هذه الآية في الأقرء ما هي؟ ، فقال قوم :
هي الأطهار . وقال قوم : هي الدم نفسه .

ومن قال : إن الأقرء هي الأطهار من فقهاء الأمصار :
مالك والشافعي ، وجمهور أهل المدينة ، وأبو ثور وجفاعة ،
ومن الصحابة ابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة .

ومن قال أنها الحيض من فقهاء الأمصار : أبو حنيفة
والشورى والأوزاعي وابن أبي ليلى ، وجماعة . ومن
الصحابة علي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى
الأشعري - رضي الله عنهم - أجمعين . وحكى الأثرم عن
أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم - يقولون : الأقرء هي الحيض ، وحكى عن الشعبي
أنه قول أحد عشر أو اثنين عشر من الصحابة . وأما أحمد
ابن حنبل فاختلفت الرواية عنه : فروى أنه كان يقول :
إنها الأطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم
توقفت الآن من أجل قول علي وابن مسعود - أنها الحيض (١) -

والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار -
رأى أن المطلقة رجعيا إذا دخلت في الحيضة الثالثة - لم
يكن للزوج عليها رجعة . وحلت للأزواج ، ومن رأى أنها
الحيض لم تحل عنده - حتى تنقضي الحيضة الثالثة .

وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء ، فإنه يطلق في كلام
العرب على الدم وعلى الأطهار . وكلا الفريقين قال إن اسم
القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه : فالذين قالوا
أنها الأطهار - قالوا أن هذا الجمع (قروء) خاص بالقرء
الذي هو الطهر ، أما القرء بمعنى الحيض فإنه يجمع على
أقرء لا على قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنباري ، كذلك

(١) لكن نقل في زاد المعاد أن الإمام أحمد رجح أخيرا فجزم بأنها الحيض وصرح بالرجوع
عن الأطهار ، وهو ما استقر عليه مذهبه - راجع الجزء الرابع من زاد المعاد ص ١٨٤ وما بعده
من طبعة ١٣٤٧ هـ .

قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر - فلو كان القمر مراداً به الحيضة لما ثبت في جمعته النساء لأنها لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة، وقالوا أيضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لأن القمر مشتق من قرأت الماء في الحوض ؛ أي جمعته وزمان الطهر هو زمان اجتماع الدم (١) . وهذه الوجوه - من اليسير دفعها .

وتمسك الفريق البشاني - من ظاهر الآية - بأن قوله تعالي (ثلاثة قروء) ظاهر في تمام كل قرء منها لأن اسم القرء لا يطلق على بعضه الا تجوزاً ، وهي لا تكون كواحد الا إذا كانت الأقراء هي الحيض ؛ فانها ان طلقت في حيضة لا يعتد بها ، أما إذا كانت الأقراء بمعنى الاطهار فقد تكون ثلاثة غير كاملة بأن تكون قرءين وبعض قرء ، وذلك لأن القائلين بأنها الاطهار يعمدون بالطهر الذي يحصل فيه الطلاق وان مضى أكثره : وتأنيث العدد لا يدل على أن القروء هي الاطهار ، لأنه انما جاء مؤنثاً مراعاة للفظ القرء ، وهو مذكر .

ولكل واحد من الفريقين حجج متساوية من جهة لفظ القرء ، ولذلك رأى الحذاق أن الآية مجملة في ذلك ، وأنه ينبغي طلب الترجيح من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به الفريق الأول ما ورد في الصحيحين (٢) ان ابن عمر طلق امرأته وهي حائض - على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسأل عمر بن الخطاب رضى الله عنه - عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : « مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم ان شاء أمسكها بعد ذلك » . وإن شئت فقلها قبل أن يمسه ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء ، ووجه استدلالهم

(١) يوضحه ما ورد في المصباح المنير « كان الدم اجتمع في بدنها وامسك » وذلك

في ابان طهرها .

(٢) راجع زاد المعاد ج ٤ ص ٤٣ .

بالبجديت ان طلاق السنة لا يكون الا فى شهر لم تمس فيه .
فقله : فتلك العدة التى أمر الله ان يطلق لها النساء - دليل
واضح على ان العدة هى الاطهار ، لكنى يكون انطلاق متصلا
بها ، ويمكن ان يتأول قوله « فتلك العدة » أى فتلك مدة
استقبال العدة ، حتى لا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض .

وأقوى ما تمسك به الفريق الثانى ان العدة انما شرعت
لبراءة الرحم ، وبراعتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار .
ولذلك كانت عدة من يئست من الحيض - بالأشهر ، بالحيض
هو سبب العدة بالاقراء ، فوجب ان تكون الأقراء هى
الحيض ؟ وللفريق الأول أن يقول ان المعتبر فى براءة الرحم
هو النقلة من الطهر إلى الحيض - لا انقضاء الحيض -
فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وعلى ذلك تكون الثلاثة
المعتبر فيهن التمام هى الاطهار التى بين الحيضتين .

ومما احتج به الفريق الثانى قوله عليه الصلاة والسلام
للمستحاضة : « دعى الصلاة أيام اقراءك » ، وقوله :
« طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » ، ولم يقل : طهران (١)
قال صاحب بداية المجتهد : ومنهوب الحنفية أظهر من جهة
المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية مع غيرهم ، أو
قريبة من ذلك (٢) .

اختلافهم فى التفريق بالعيوب

سنذكر لك فى هذا المبحث ملخص ما قاله ابن قيم
الجوزية فى كتابه زهد المعاد (٣) ، وإن نزيد عليه الا يسيرا
مما اقتضته الضرورة من ذكر ما لا يتم لإفادة الا به . فقد
عقد - رحمه الله - فصلا خاصا بالتفريق بالعيوب - وبجنا

(١) تفسير الكشاف لسورة البقرة .

(٢) راجع بداية المجتهد ج ٦ ص ٧٧ وما بعدها من طبعة سنة ١٣٣٩م .

(٣) ج ٤ ص ٢٩ وما بعدها من طبعة سنة ١٣٤٧م .

مستقلا بها - ذكر فيه الآثار الواردة في هذا الموضوع واختلاف الأئمة والفقهاء فيه . واختار لنفسه رايًا دعمه بالأسانيد النقلية والعقلية - مما يشهد له بسعة الاطلاع والمقدرة الفقهية التي يسر له الاجتهاد في الأحكام الشرعية - قال ما خلاصته :

« فصل في حكمه - صلى الله عليه وسلم - وخلفائه في أحد الزوجين يجد بصاحبه برصا أو جنونا أو جذاما ، أو يكون الزوج عنيئا » :

اختلف الفقهاء في ذلك : فقال داود وابن حزم ومن وافقهما : لا يفسخ النكاح بعيب البتة - غير أن ابن حزم ذهب الى أن الزوج إذا شرط السلامة من العيوب فوجد أى عيب كان - فالنكاح باطل من أصله ، غير منعقد ، ولا خيار له فيه ولا اجازة ، ولا نفقة ولا ميراث - لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج ، اذ السلامة غير المعيبة بلا شك .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يفسخ الا بالحب والخصاء والغنة خاصة (١) .

وقال الشافعي ومالك يفسخ بالجنون والبرص والجذام والقرن ، والجب والغنة ، وزاد الامام أحمد عليهما أن تكون المرأة فتقاء ، منخرقة ما بين السبيلين . ولأصحابه في نتن الفرج والفم ، وانخراق مجرى البول ، والبواسير والناصور ، والاستحاضة واستطلاق البول والنخو والنصى وهو قطع البيضتين ، والسل ، وهو سل البيضتين ، والوجع وهو رضهما ، وكون أحدهما خنثى مشكلا ، والعيب الذي بصاحبه مثله ،

(١) وذلك لأن الأصل - عند الحنفية - في عقد الزواج أنه غير قابل للفسخ ، ولا يخله عيب ، وانما ثبت التفريق بالعيوب الثلاثة لأنها محل المقصود الأول من الزواج وهو التناسل . وزاد محمد صاحب أبى حنيفة ثلاثة أخرى - هي الجنون والجذام والبرص ، لأنه لا تمكن للمعيشة معها الا بضرر جسيم ، والتفريق بهذه العيوب عند الحنفية حق قاصر على المرأة ، أما الرجل فليس له حق التفريق بالعيب لأن له سبيلا آخر ، وهو الطلاق الذي يملكه .

والعييب الحادث بعد العقد - وجهان - ، وذهب بعض أصحاب الشافعي الى رد المرأة بكل عيب ترد به الجارية في البيع .

هذا وخيار الفرقة بالعييب يثبت لكل من الطرفين عند الأئمة الثلاثة ، اذا وجد بصاحبه عيبا من العيوب التي تجيز التفريق ، وعند الحنفية لا يثبت هذا الخيار الا للمرأة اذا وجدت يزوجها عيبا من تلك العيوب التي يجيزون التفريق بها .^{١٠} والفرقة بالعييب فسخ عند الشافعي وأحمد ، وطلاق بائن عند المالكية .

وقد أورد ابن القيم بعض أدلة التفريق بالعييب ، فقال : في مستند أحمد من حديث يزيد بن كعب بن عجرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تزوج امرأة من بنى غفار ، فلما دخل عليها ووضع ثوبه ، وقعد على الفراش - أبصر بكشختها بيضا ، فأماز عن الفراش ، ثم قال : «خذى عليك ثيابك» ، ولم يأخذ مما آتاها شيئا . وفي الموطأ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه - أنه قال : «أيما امرأة غر بها رجل ، بها جنبون أو جذام أو برص - فلها المهر بما أصاب منها ، وضداق الرجل على من غره» ، ونكح رجل امرأة من مزينة - فجاءت الى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت : ما يغني عني الا كفا تغني هذه الشجرة - لشجرة أخذتها من رأسها ، ففرق بيني وبينه ، فقال له الرسول - طلقها ، ففعل (١) وجاء التفريق بالعنسة عن عمر وعثمان وابن مسعود ، ومعاوية والحارث بن عبد الله ، والمغيرة بن شعبة وسمرة بن جندب . لكن عمر وابن مسعود والمغيرة أجلوه سنة ، وعثمان ومعاوية وسمرة لم يؤجلوه .

كذلك روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه - بعث رجلا على بعض السعاية ، فتزوج امرأة ، وكان عقيما ، فقال له عمر : أعلمتها أنك عقيم ؟ قال لا ، قال : فانطلق فأعلمها ،

(١) راجع الحديث بنماه في زاد المعاد .

ثم خيرها • وأجل مجنوننا سنة ، فان آفاق ، والا فرق بينه وبين امرأته •

ثم انتقد ابن القيم الفقهاء في اقتصارهم على بعض العيوب دون بعض - فقال : الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوئها لا وجه له ، فالعمى والخرس ، والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كيون الرجل كذلك - من أعظم المنغرات ، والسكوت عنه من أقبح التبليس والغش ، وهو مناف للدين • والاطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا ، وقد قال عمر لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له ، أخبرها أنك عقيم ، وخيرها - مع أن هذا العيب شيء هين بالاضافة إلى بعض العيوب الأخرى ، ثم أيدى رأيه بقوله

والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل فيه مقصود النكاح من الرخمة والمودة - يوجب الخیار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشروط التي تشترط في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ، وما ألزم الله ورسوله مغرورا قط ، ولا مغتونا بتاتعقر به وغبن ، ونحن تدبیر مقاصد الشرع في مصادرة ومواردة واعتله وحكمته ، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول ، وقربه من قواعد الشريعة • وقد روى يحيى بن سعيد عن ابن المسيب - قال : قال عمر رضي الله عنه : « أيما امرأة تزوجت ، وبها جنون أو جذام أو برص ، فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك - فلها مهرها بمسيسه أياها ، وعلى الولي الصداق بما ذلّس كعسا غره » ، وفي رواية أخرى : « إذا تزوجها برصاء أو عمياء فدخل بها - فلها الصداق ، ويرجع به على من غره » ، وكذلك حكم شريح قاضي الاسلام الذي يضرب المثل بعلمه ودينه • فقد خاصم إليه رجل ، فقال : إن هؤلاء قالوا لي أنا تزوجك

أحسن الناس ، فجاءنى بامرأة عمياء ، فقال شريح : « ان كان دلس لك بعيب لم يجز » . فقوله : ان كان دلس لك بعيب - يقتضى ان كل عيب دلست به المرأة - فللزوج الرد به . وقال الزهرى - رضى الله عنه - يرد النكاح من كل داء عضال . وروى الشعبي عن على كرم الله وجهه - : أيما امرأة تكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن - فزوجها بالخيار ما لم يمستها ، ان شاء امسك . وان شاء طلق . وان مستها فلها المهر بما استعمل من فرجها . وفتاوى أكثر الصغابة والسلف تدل على أنهم لم يخصوا الرد بعيب دون عيب . . . الى آخر ما ذكر فى زار المحاد .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى مادتيه التاسعة والعاشر - اقتبس من المذاهب الفقهية التى ترى التفريق بالعيب ، وبخاصة المذهب المالكى - غير انه فى المادة التاسعة قصر طلب التفريق على الزوجة ، ولم يحصر العيوب فى عدد معين كما فعل جمهور الفقهاء ، بل وضع للعيب الذى تطلب به المرأة التفريق ضابطا عاما ، وهو أن يكون مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكن للمرأة المقام مع الزوج الذى به هذا العيب الا بضرر كالجنون والجذام والبرص . ويسقط حقها فى طلب الفرقة اذا تزوجته عالة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها به ، كذلك قضى القانون فى المادة العاشرة بأن الفرقة بالعيب طلاق بائن ، وفى المادة الحادية عشرة قال : يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

وهذا هو نص المادة التاسعة من القانون المذكور :
« للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن

طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجسود والجذام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوجته علمه بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها - فلا يجوز التفريق « . وما قضى به القانون حسن لأنه يكفل درء المفسد ودفع الضرر ، ويحقق الرفق ورفع الحرج عن النساء ، اذ أنهن لا يملكن المفارقة بالطلاق ، بخلاف الرجال .

اختلافهم في قتل الجماعة بالواحد

رأى مالك والشافعي وأبو حنيفة أن الجماعة تقتل بالواحد اذا قتلوه عمدا ، أو تعاونوا على قتله بالحراية (١) . وعن أحمد وجماعة من الصحابة والتابعين ان عليهم الدية - لأن كل واحد مكافئ له ، فلا يستوى ابدال في مبدل منه واحد ، كما لا تجب ديات ، ولقوله تعالى : « الحر بالحر » ، وقوله : « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس » ، ولأن تفاوت الأوصاف يمنع كالحر والعبد ، فالعبد أولى بالمنع . أما التفريق الأول الذي يرى قتل الجماعة بالواحد - فقد استدل بعده وجوه :

١ - اجماع الصحابة على قتل غمر سبعة من أهل صنعاء برجل واحد ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ، وقتل على ثلاثة .

٢ - ولأنها عقوبة كحد القذف .

٣ - وقالوا ان القصاص يفارق الدية - لأنها تتبع بعض دون القصاص .

٤ - كذلك قالوا ان الشركة لو أسقطت القصاص -

(١) وقال داود وأهل الظاهر : لا تقتل الجماعة بالواحد - راجع بداية المجتهد .

لكان ذلك ذريعة الى القتل بأن يعتمد الناس قتل الواحد بالجماعة (١) .

وفي هذا الاختلاف توسعة على القاضى ، فاذا فوض اليه الأمر حكم فى كل واقعة بما يناسبها - مما يحقق مصلحة أولياء المقتول ، ومصلحة المجتمع ، وما يدرا المفسد عنه .

اختلافهم فى قتل المسلم بالذمى

قال الأئمة : مالك والشافعى وأحمد : لا يقتل مسلم بذى - مستدلين بما روى فى البخارى : « لا يقتل مسلم بكافر »

ونقل صاحب بداية المجتهد ان مالكا والليث قالا : لا يقتل مسلم بذى . الا ان يقتله غيلة . وفسر قتل الغيلة بأن يضجعه فيذبحه (٢) .

وقالت الحنفية : يقتل به - مستدلين بوجودها - منها قوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد نجعلنا لوليهِ سلطانا » ، وهذا قد قتل مظلوما ، فيكون لوليهِ سلطان - ومنها قوله جل شأته : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » ، وكذا سائر العمومات . وقد أجاب أصحاب الراى الأول عن أدلة الحنفية بأنها عامة ، وما استدلوا به خاص ، والخاص يقدم على العام - على ما تقرر فى أصول الفقه (٣) - ومع هذا فالنفس تميل الى ترجيح رأى الحنفية - لأنه - يعقد الذنب - التحق بالمسلمين فى المعاملات ، وحقن الدماء ، وحرمه الأموال . ويراد بالكافر الحربى .

(١) الفروق للعراقى ج ٤ ص ١٨٢ من الطبعة التونسية ، وفقه الاسلام ، وأحكام القرآن لابن عربى .

(٢) فى القاموس : قتله غيلة : « خدعه ، فذهب به الى موضع خفله » وفى النهايه ان يندخ ويقتل فى موضع لا يراه فيه أحد .

(٣) الفروق وفقه الاسلام .

هل يقتل والد بولده ؟

تذكر لك حكم هذه المسألة مقتبسا مما ورد في كتاب
أحكام القرآن (١) لأبي بكر محمد بن عبد الله المعزوف باين
العربي الاندلسي المالكي :

قال - رحمه الله - : هل يقتل الأب بولده - لعموم
آيات القصاص ؟ :

قال مالك : يقتل به اذا تبين قصده الى قتله ، بأن
أضجمه وذبحه ، فان رماه بالسلاح أدبا ، أو خنقا لم يقتل
به ، ويقتل الأجنبي بمثل هذا . وخالف مالك سائر الفقهاء ،
فقالوا لا يقتل به ، لأن الأب كان سبب وجوده ، فكيف
يكون هو سبب عدمه ؟ وقد أثروا عن رسول الله - صلوات
الله وسلامه عليه - أنه قال : « لا يقاد والد بولده » ،
كذلك احتجوا بأن عمر رضى الله عنه قضى بالدية مغلظة في
قتل ابنته ، ولم ينكر أحد من الصحابة عليه .

ومالك احتج بعموم آيات القصاص التي لم تفرق بين
قاتل وأخوان ورد بعض علماء المالكية على من خالفهم
فقال : يثبت دليلهم الأول بما إذا زنى بابنته ، فانه يرمم
وكان سبب وجودها ، وتكون هي سبب عدمه ، ثم أى فقيه
تحت هذا ؟ ولم لا يكون سبب عدمه اذا عصى الله تعالى في
ذلك ، وقالوا في الأثر انه باطل لا يصح . أما الواقعة التي
رويت عن عمر رضى الله عنه وقضاؤه فيها بالدية مغلظة -
فقد أخذها سائر الفقهاء مسجلة وقضية مسلمة من غير بحث
فيها ، فقالوا لا يقتل والد بولده ، وأخذها مالك محكمة
مفصلة : فقال : اذا حذفه بسيف ونحوه - يسقط القود

(١) الجزء الأول ص ٢٨ من طبعة سنة ١٣٣١ هـ .

لأن هذه حالة محتملة لقصد القتل وغيره ، وشفقة الابهوة
شبهة منتصبة ، شاهدنة بعدم القصد الى القتل ، فتسقط
القصاص . فاذا اضجعه وذبحه كشف الغطاء عن قصده
فالتحقق بأصله ورأى مالك أرجح وأدق لقوة دليله ووضوح
خبرته .

اختلاف العلماء في حد الخمر

القرآن الكريم حرم الخمر تحريماً صريحاً ، وأكثروا
تخريمها في سورة المائدة ، وأمر باجتنابها ، ولكنه لم يرد
فيه ذكر العقوبة معينة على شاربها كالذي ورد في حد
الزنا والقذف والسرقعة ، وانما ورد في السنة والأثر
ما كان النبي صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه الراشدون
ينحكمون به من العقوبة على شارب الخمر . فقد جاء في بعض
ما يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسن في الخمر
شيئاً ، أو لم يفرض في الخمر حداً (١) . وروى عن انس
أن النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجرير والنعال ،
وجلد أبو بكر أربعين (٢) ، كما روى أن النبي أتى برجل
شرب الخمر ، فضربه بجصريدتين نحو أربعين ، ثم صنع
أبو بكر مثل ذلك ، فلما كان همر استشسار الناس ، فقال
له عبد الرحمن بن عوف : أخف الحدود ثمانون ، ففعله
عمر (٣) وقيل في سبب زيادة عمر رضي الله عنه . أن خالد
ابن الوليد كتب إليه في خلافة : ان الناس قد انهمكوا في
الشرب ، وتحاقروا العقوبة ، فجعلها ثمانين بعد استشارة
الصحابة .

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ١١٩ سنة ١٣٤٧ ، وفتح الباري ج ١٢ ص ٥٨ طبعة
سنة ١٣٤٨ .

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ١١٦ وفتح الباري ج ١٢ ص ٥٢ .

(٣) راجع فتح الباري ج ١٢ ص ٥٢ .

كذلك ورد ان الشارب اذا عاد في الرابعة أو الخامسة
— يقتل ، وقيل انما كان القتل في اول الامر ، ثم نسخ .

ومن أجل ذلك اختلف فقهاء المسلمين ومجتهدوهم في
عقوبة شرب الخمر على ستة أقوال (١) .

الأول : أن الخمر لا حد فيها ، وانما فيها التمييز ،
وهو قول طائفة من اهل العلم — رأوا أن النبي صلى الله عليه
وسلم لم يجعل فيها حدا معلوما ، بل كان يقتصر في ضرب
الشارب على ما يليق به . وقد روى عن الزهري أن النبي
صلى الله عليه وسلم لم يفرض في الخمر حدا ، وانما كان
يأمر من حضره أن يضربوه بأيديهم ونعالهم ، حتى يقول
لهم : ارفقوا . ولما كثر الشراب في عهد عمر استشار
الصحابة ، ولو كان عندهم عن النبي صلى الله عليه وسلم —
شيء محدود ما تجاوزوه كما يتجاوزوا حد القنف ، ولو كثر
القافون ، وبالغوا في الفحش ، وأنجيب بأنه قد انعقد
اجماع الصحابة على تجلد الشارب ، واختلافهم في العدد انما
هو بعد الاتفاق على ثبوت مطلق الجلد (٢) .

الثاني : أن الحد فيها أربعون . وهو مذهب أحمد
وداود والشافعي في المشهور عنه — لأنها هي التي كانت في
زمن الرسول ، وزمن أبي بكر ، وزجع إليها على في زمن
عثمان .

الثالث : مثل الرأي الثاني ، لكن للإمام أن يبلغ به
ثمانين .

(١) فتح الباري ج ١٢ ص ٦١ ، ٦٢ ونيل الأوطار ج ٧ ص ١١٩ ، ١٢٠ وفتح الاسلام
ص ٢٩٥ .

(٢) القرى بين الحد والتمييز : أن الأول عقوبة مقدرة من التمايع على الجرائم كما في
الزنا والسرقة ، والثاني عقوبة غير مقدرة منه ، فهو تأديب بعقوبة غير مقدرة من الشرع ،
ويجب بإرتكاب مضمية من المصاع التي لا حد لها — كشهادة الزور ، وسب المحسن بغير
الزنا ، وسرقة ما لا قطع فيه .

الرابع : ما ذهب اليه مالك والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي في قول له - من أن حسد السكيران ثمانون * وقد استدلوا بأن عمر جلد ثمانين بعد ما استشار الضعيفة - فكما سلفت *

الخامس : مثل الرأي الرابع - غير أنه تجوز الزيادة على الثمانين تعزيراً

السادس : أن شرب فجلد ثلاث مرات ، فعاد في الرابعة - وجب قتله ، وقيل أن شرب أربعاً ، فعاد في الخامسة - وجب قتله ، وهو رأي بعض أهل الظاهر ، ونصره ابن حزم ، ودفع دعوى الاجماع على عدم القتل *

وذهب الجمهور الى عدم قتل الشارب ، وأن القتل منسوخ ، وذكر الشافعي أنه لا خلاف في ذلك بين أهل العلم (١) - ونحن نميل الى ترجيح القول الثاني - لما جرى عليه العمل في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وزمن أبي بكر رضي الله عنه * وما زاد على ذلك - عند اقتضاء الحال - يعتبر تعزيراً لا حدا *

القنوت عند الأئمة

١ - لكل عبادة من العبادات التي تعبدنا الله تعالى بها من صلاة وزكاة وصدقات وصوم وحج وجهاد ودعاء وتلاوة قرآن وذكر لله تعالى واعتكاف وغير ذلك حكم وفضائل وفوائد خاصة بها ولكنها جميعها ترمى الى تحقيق هذه المقاصد ، وهي امتحان صدق الايمان في قلب العبد وشكر الخالق المنعم جل وعلا واستشعار عظمته وجلاله وافراده بالربوبية والالهية - كما أن بها اصلاح الفرد في ذاته

(١) راجع نيل الأوطار ج ٧ ص ١٢٤ وفقه الاسلام *

بتهديب نفسه وتطهير قلبه واصلاح المجمع من طريق
اصلاح افراده وغرس فضائل المحبة والتعاطف والشعائر
بينهم .

ولا شك ان الصلاة وهى الدعاء الثانية من دعائم
الاسلام بعد الشهادتين مشتملة على اقوال وافعال بينها
الشارع الحكيم ، ومنها القنوت الذى هو موضوع بحثنا

٢ - وزد لفظ القنوت فى لسان اللغة والشرح لعدة
معان - فى المختار : القنوت اصله الطاعة ثم سمي القيام فى
الصلاة قنوتا - وقال فى المصباح : القنوت مصدر بمعنى
الدعاء ويطلق على القيام فى الصلاة ومنه ما ورد « افضل
الصلاة طول القنوت » ويسمى السكوت فى الصلاة قنوتا ومنه
قوله تعالى « وقوموا لله قانتين »

اما صاحب القاموس فقد ذكر له معانى كثيرة هى :
الطاعة - والسكوت - والدعاء والقيام فى الصلاة -
والامساك عن الكلام - ثم قال : واقنت : اذا دعا على عدوه
وأطال القيام فى صلاته - وأدام الحج - وأطال الغزو -
وتواضع لله تعالى .

وحكى الرازى - فى احكام القرآن - قولا بان معناه
فى اصل اللغة : الدوام على شىء - فمدىم الطاعة يسمى
قانتا - وكذلك من أطال القيام والقراءة والدعاء فى الصلاة ،
أو أطال الخشوع والسكوت .

... وذكر - فى النهاية - للقتوت ثمانية معان هى : الطاعة
- والخشوع - والصلاة - والدعاء - والعبادة - والقيام -
وطول القيام - والسكوت .

والشوكانى - فى نيل الأوطار - نقل عن ابن العربى -
أن له عشرة معان - هى : الدعاء ، والخشوع ، والعبادة ،
والطاعة ، والاقرار بالعبودية ، والسكوت ، والصلاة ،
والقيام ، وطول القيام ، ودوام الطاعة .

وأقوال أهل اللغة والشرع في معاني القنوت كما ترى
متحدة في بعضها - متقاربة في بعضها الآخر - ومهما يكن
من تعدد معانيه واختلافها باختلاف مواطن استعماله -
وتعين بعضها بمعبودة القرائن - فإن المراد منه في بحثنا
هذا - هو الدعاء الذي يتلى في بعض الصلوات وهو دعاء
يتضمن ذكرا وثناء على الله تعالى .

٣ - ولبيان ما قصدنا إليه من بحث القنوت - نقسم
الكلام فيه إلى هذه الأقسام :

- ١ - حكم القنوت .
- ٢ - في أي صلاة شرع القنوت ؟
- ٣ - أين محله من الصلاة التي شرع فيها ؟
- ٤ - صيغة القنوت المأثورة .

١ - حكم القنوت

في حكم القنوت أقوال كثيرة نلخصها في سبعة آراء .
الأول : ما ذهب إليه بعض أهل العلم من عدم مشروعية
القنوت (١) .

الثاني : ما قاله قوم من أنه لا قنوت إلا في رمضان (٢) .
الثالث : أنه مشروع ولكنه مختص بالنوازل . فإذا
ألت بالمسلمين محنة أو نزلت بهم نازلة يستحب أن يقتنوا
في صلواتهم . ورجيح ذلك الرأي الإمام الشوكاني حيث
قال : الحق ما ذهب إليه من قال : إن القنوت مختص بالنوازل
وأنه ينبغي عند نزول النازلة ألا تنص به صلاة دون
صلاة (٣) .

(١) نيل الأوطار ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢) بداية المجتهد ج ١ ص ١١٢ طبعة ١٣٣٩ هـ .

(٣) نيل الأوطار ج ٢ ص ٢٩٢ .

الرابع : قول الثوري وابن حزم • كل من الفعل والتركت حسن •

الخامس : أنه واجب في صلاة الوتر - وذلك هو رأى الحنفية ومن وافقهم - وروى أنه واجب - (١) عند الامام أبى حنيفة - سنة عند الصحابين لكن ظاهر ما فى غرر الأفكار أنه واجب عند الحنفية بلا خلاف •

السادس : أنه سنة وذلك عند الشافعية والحنابلة •

السابع : أنه مستحب أو مندوب - وذلك عند المالكية •

٣،٢ فى أى صلاة شرع القنوت ؟ وأين محله منها ؟

٤ - يرى علماء الحنفية أن القنوت فى صلاة الوتر فى جميع أيام السنة ، وأنه يؤدى بعد القراءة فى الركعة الثالثة منه وقبل الركوع لها - وذلك بأن يكبر المصلى بعد القراءة وقبل الركوع - رافعا يديه - ويقنت فيه ثم يركع •

ولا قنوت عندهم فى غير الوتر الا لنازلة - أى شديدة من شدائد الدهر ، فان نزلت بالمسلمين نازلة - قنت الامام عندهم فى الصلاة الجهرية • وقيل ان قنوت النازلة عند الحنفية - مختص بصلاة الفجر دون غيرها من الصلوات سواء أكانت جهرية أم سرية وهو ظاهر المذهب • أما القنوت فى الصلوات كلها للنوازل فلم يقل به الا الشافعى رضى الله عنه ، وجمهور أهل الحديث - على ما روى فى البحر - واستظهر العلامة ابن عابدين أن المنفرد لا يأتى بالقنوت فى النوازل • أما المقتضى فانه يتابع امامه الا اذا جهر بالقنوت فانه يؤمن خلفه - كذلك استظهر أن يكون القنوت فى الفجر عند النوازل بعد الركوع لا قبله • وان لم يكن

(١) الواجب عند الحنفية - غيظ الرض • اذ الواجب عندهم : ما ثبت بدليل على • وحكمه التواب على الفعل والعقاب على الترك بأخف من عقاب تارك الرض • الى غير ذلك من اللروق المنصوص عليها فى كتب أصولهم •

هناك نص فى المذهب بدليل أن ما استدل به الشافعى على قنوت الفجر فيه التصريح بالقنوت بعد الركوع • ولكن الحموى من علماء الحنفية - استظهر أن يكون القنوت قبل الركوع قياسا على رأى الحنفية فى قنوت الوتر (١) •

وعند الحنابلة يسن القنوت بعد الرفع من الركوع فى الركعة الأخيرة من الوتر فى جميع السنة بلا فرق بين رمضان وغيره - ويكره القنوت فى غير الوتر الا اذا نزلت بالمسلمين نازلة - غير الطاعون - على تفصيل يذكر فى مذهبهم ، ويجوز للمصلى عندهم أن يقنت قبل ركوع الركعة الأخيرة من الوتر - ولكن الأفضل أن يكون بعد الرفع من الركوع - كما تقدم (٢) •

أما المالكية فانه لا قنوت عندهم فى الوتر وانما هو مندوب فى صلاة الصبح فقط • ويندب أن يكون قبل الركوع فان نسيه حتى ركع - فلا يرجع اليه • وانما يؤديه بعد الركوع وبذلك يحصل ندب الاتيان به ويفوت ندب تقديمه • فهما مندوبان كل واحد منهما مستقل (٣) •

والشافعية يقولون : ان القنوت سنة فى صلاة الفجر - كل يوم - وانه بعد الرفع من ركوع الركعة الثانية منه • ولا قنوت عندهم فى الوتر الا فى النصف الأخير من رمضان - فهم يخالفون الحنفية فى ثلاثة أمور :

الأول : - أن القنوت عندهم فى الوتر - خاص بالنصف الأخير من رمضان •

الثانى : - أنه سنة عندهم فى الفجر - فى جميع السنة •

(١) المصدر السابق ج ١ من ص ٤٦٧ الى ص ٤٧١ •

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة - قسم العبادات - ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ من الطبعة الثانية •

(٣) المصدر السابق •

الثالث : إنه بعد الركوع (١) *

٥ - وقد ذكرنا فيما مضى جملة آراء الأئمة والفقهاء في حكم القنوت وفي الصلاة التي شرع فيها * وفي الموضوع الذي يسن فيه *

ويرجع منشأ الاختلاف بينهم الى اختلاف الآثار المروية في ذلك فكل فريق ذهب الى رأيه الذي بيناه فيما سبق - مستدلاً بما رجح عنده من الآثار المؤيدة لوجهة نظره ، ومحاولاً الرد على من خالفه *

وقد آثرنا ألا نذكر هنا تفصيل ما احتج به كل فريق وما ورد به على الآخر وذلك لثلاثة أسباب :

الأول : أن المقام لا يتسع ليراد ما ذكرناه * ومن أراد الوقوف على الأدلة مع التفصيل والاستيفاء * فليرجع الى كتاب (٣) نيل الأوطار وكتاب فتح القدير * في باب صلاة الوتر *

الثاني : ما رأيناه من حرص كل منهم على إظهار رأيه واختصاصه بالترجيح *

الثالث : أنه بعد الذي اطلعنا عليه من الآثار المروية ومن الأدلة والحجج - نميل الى أن الاختلاف بين الآثار في هذا الشأن - خطبه هين يسير ، وأنه يمكن الجمع والتوفيق بينها * فان القنوت لا يخرج عن كونه ثناء ودعاء وأنه عبادة أو جزء منها فأى مانع من تكرار أوقاته وتلاوته ويكون ذلك من قبيل الإباحة والتوسيع على العباد ؟ ، ولو أن الفقهاء نظروا الى القنوت من هذه الناحية ما اختلفوا فيه هذا

(١) المصدر السابق ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ وكتاب فتح القدير ج ١ ص ٣٠٤ وما بعدها
طبعة الحلبي سنة ١٣٤٧ هـ *

(٢) ج ٢ ص ٢٩١ وما بعدها ، ج ٣ ، ص ٣٦ وما بعدها طبعة الحلبي سنة ١٣٤٧ هـ *

الاختلاف ولا تعددت اقوالهم فيه مثل هذا التعدد . ولذلك نحن نطمئن اذا قلنا ان القنوت مشروع - عند النوازل - وفي صلاة الفجر ، وفي وتر الليل وأنه يصح الاتيان به بعد الركوع او قبله . وقد يشهد لذلك ما نقله صاحب كتاب نيل الأوطار (١) - قال : روى ابن ماجه من طريق سهل ابن يوسف عن حميد عن أنس - انه سئل عن القنوت في صلاة الصبح : قبل الركوع أم بعده ؟ فقال : « كلاهما قد كنا نفعل قبل وبعد » .

وللامام ابن القيم - في كتابه زاد المعاد - بحث مسهب في القنوت ذكر فيه معظم ما ورد فيه من أحاديث ، وما قيل في تخريجها ، وما نقل من ضعف بعض روايتها ، وسلك في التوفيق والجمع بينها مسلكا شبيها بما قلناه ثم ارتضى ما يوفق بين الآثار المروية ، وقال ما خلاصته : الانصاف الذي يرتضيه العالم المتصف أنه - صلى الله عليه وسلم - جهر وأسر (٢) ، وقنت وترك ، وكان اسرار . أكثر من جهره ، وتركه القنوت أكثر من فعله . وانما قنت عند النوازل للدعاء لقوم ، وللدعاء على آخرين ثم تركه لما قدم من دعا لهم وتخلصوا من الأسر ، وأسلم من دعا عليهم ، وجاءوا تائبين . فكان قنوته لعارض - فلما زال ترك القنوت ، ولم يختص بالفجر ، بل كان يقنت في صلاتي الفجر والمغرب - ذكره البخاري في صحيحه عن أنس ، وقد ذكره مسلم عن البراء . . . وكان هديه - صلى الله عليه وسلم - القنوت في النوازل خاصة ، وتركه عند عدمها ، ولم يكن يخصه بصلاة الفجر ، بل كان أكثر قنوته فيها لأجل ما شرع فيها من الطول - ولا اتصالها بصلاة الليل ، وقربها من السحر ساعة الاجابة . . . الى أن قال : ان أهل الحديث يثبتون حيث قنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ويتركونه حيث تركه ، فيثبتون به في فعله وتركه ، ومع هذا فلا ينكرون على من داوم عليه ،

(١) ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٢) يقصد الجهر والاسرار بالنسبة للبسملة .

ولا يكرهون فعله ، ولا يروونه بدعة ولا مخالفا للسنة ، كما لا ينكرون على من أنكره عند النوازل ولا يرون تركه بدعة ، ولا تاركه مخالفا للسنة ، بل من قنت فقد أحسن ، ومن تركه فقد أحسن . ثم قال : فاذا قلنا : لم يكن من هديه المداومة على القنوت في الفجر ، ولا الجهر بالبسملة — لم يدل ذلك على كراهية غيره ، ولا انه بدعة ، ولكن هديه — صلى الله عليه وسلم — أكمل الهدى وأفضله . الى آخر ما جاء بكتابه الذي أسلفنا ذكره (١) .

٤ — صيغة القنوت

٦ — القنوت عند الحنفية — بغير المأثور ليس فيه دعاء مؤقت ، ويسن أن يكون بالدعاء المشهور الذي ورد عن ابن مسعود — رضى الله عنه وهو :

« اللهم انا نستعينك ونستهديك ، ونستغفرك ونتوب اليك ، ونؤمن بك ونتوكل عليك ، ونثنى عليك الخير كله — نشكرك ولا نكفرك ، ونخلع ونترك من يفجرك . اللهم اياك نعبد ، ولك نصلي ونسجد ، واليك نسعى ونحفد (٢) . نرجو رحمتك ، ونخشى عذابك . أن عذابك الجد (٣) بالكفار ملحق (٤) » ثم يصلى على النبي وآله ويسلم .

وذكر في شرح المنية أن الأولى أن يضم اليه القنوت الآخر المأثور : « اللهم اهدنى فيمن هديت . الخ » الذي

(١) الجزء الأول من زاد المعاد ص ٦٩ وما بعدها — طبعة سنة ١٣٤٧ هـ .

(٢) لحقد : تسرع .

(٣) الجدد : بالكسر معناه : الحق .

(٤) ملحق : المشهور فيه كسر الهمزة ، ومعناه لاحق أو هو على أصله ، ويكون معناه : من نزل به من عذابك ألقه بالكفار ومعان أيضا بفتح الهمزة ، ومعناه واضح .

سنذكره بعد . وما عدا هذين لا توقيت فيه عندهم ، ومنه ما روى عن ابن عمر أنه كان يقول بعد « ان عذابك الجسد بالكفار ملحق » : « اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات ، والمسلمين والمسلمات ، وألف بين قلوبهم ، وأصلح ذات بينهم ، وانصرهم على عدوك وعدوهم . اللهم العن كفرة الكتاب الذين يكذبون رسلك ، ويقاتلون أولياءك . اللهم خالف بين كلمتهم ، وزلزل أقدامهم ، وانزل عليهم بأسك الذي لا يرد عن القوم المجرمين » . ومنه ما أخرجه الأربعة ، وحسنه الترمذى انه - عليه الصلاة والسلام - كان يقول في آخر وتره : « اللهم انى أعوذ برضاك من سخطك ، وبمعافاتك من عقوبتك ، وأعوذ بك منك . لا أحصى ثناء عليك ، انت كما أثنيت على نفسك » ، وغير ذلك من الأدعية التى لا تشبه كلام الناس (١) .

والمختار - فى المذهب الحنفى - المخافتة بالقنوت مطلقا اما كان المصلى ، أو مؤتما ، أو منفردا - لأنه دعاء ، وقد ورد فى الأثر : « خير الدعاء الخفى » . وفصل بعضهم بين أن يعلمه القوم - فالأفضل للامام الاخفاء والا فالجهر (٢) ومن لا يحسن القنوت يقول : « ربنا آتنا فى الدنيا حسنة ، وفى الآخرة حسنة ، وقنا عذاب النار » ، وقال أبو الليث يقول : « اللهم اغفر لى » - يكررها ثلاث مرات .

والقنوت - عند الشافعية - كل كلام يشتمل على ثناء ودعاء ، ولكن يسن أن يكون مما ورد عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو (٣) : « اللهم اهدنى فيمن هديت ، وعافنى فيمن عافيت ، وتولنى فيمن توليت ، وبارك لى فيما أعطيت ، وقنى شر ما قضيت ، فانك تقضى ولا يقضى عليك ،

(١) راجع الجزء الاول من رد المحتار للعلامة ابن عابدين « باب الوتر والوالل » .

(٢) المصدر السابق ، وفتح التقدير ج ١ .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة - قسم العبادات - ص ٢٩٤ من الطبعة الثانية .

وأنه لا يذل من واليت ، ولا يعز من عاديت ، تباركت ربنا
وتعاليت ، فلك الحمد على ما قضيت • أستغفرك وأتوب
إليك ، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله
وصحبه وسلم » • ويقول المصلي هذه الصيغة إذا كان منفردا
فيخص نفسه بالدعاء ، بأن يقول : اهدني ، وعافني • الخ
الا كلمة - ربنا - فانه لا يقول فيها - ربى - •

أما الامام فيقولها بصيغة الجمع : اهدنا وعافنا -
ويسن للامام في المذهب الشافعي - أن يجهر بالقنوت .
ويسن للمنفرد أن يسر به • أما المأموم فانه يؤمن على دعاء
الامام •

كذلك الحنابلة لا بأس عندهم أن يدعو المصلي - في
قنوته - بما يشاء • ولكن الأفضل أن يقنت بالوارد • وقد
جمعوا في القنوت كل ما ورد وهو : « اللهم انا نستعينك
ونستهديك ، ونستغفرك ونتوب اليه ، ونؤمن بك ونتوكل
عليك ، ونثنى عليك الخير كله ، نشكرك ولا نكفرك • اللهم
اياك نعبد ، واليك نسعى ونحفد ، نرجو رحمتك ونخشى
عذابك ، ان عذابك الجد بالكافرين ملحق • اللهم اهدنا
فيمن هديت ، وعافنا فيمن عافيت ، وتولنا فيمن توليت ،
وبارك لنا فيما أعطيت ، وقنا شر ما قضيت ، انك - سبحانه
- تقضى ولا يقضى عليك ، أنه لا يذل من واليت ، ولا يعز
من عاديت - تباركت - ربنا وتعاليت ، لا نحصى ثناء عليك ،
أنت كما أثنت على نفسك » • ثم يصلي على النبي صلى الله
عليه وسلم •

ويسن للمنفرد أن يفرد الضمائر المتقدمة في نحو اهدنا -
ويجمع الامام الضمير - كاللفظ الوارد • كذلك يسن أن
يجهر المصلي بالقنوت : اما كان أو منفردا • أما المأموم
فيؤمن جهرا على قنوت امامه (١) •

(١) المرجع السابق ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ •

٧ - هذا هو القنوت - عند الأئمة - يسرنا لك مبحثه ،
واكتفيناه فيه بالمهم النافع - مما يفيد طالب المعرفة والحقيقة ،
والراغب في الاستفادة - وتركنا ما وراء ذلك - مما يمكن
الاستغناء عنه - وقد راعينا في وضعه أن نقدمه كنموذج
للبحث المقارن الذي يقصد منه التقريب بين المذاهب ،
وردها الى أصل واحد -

واتماما للفائدة نذكر لك أهم المراجع العلمية التي
اعتمدنا عليها في اعداد هذا البحث ، وها هي ذى :

- ١ - فتح القدير - الجزء الأول « باب صلاة الوتر » -
- ٢ - رد المحتار على الدر المختار - الجزء الأول « باب
الوتر والنوافل » -
- ٣ - نيل الأوطار للشوكاني ج ٢ ص ٢٩١ وما بعدها ،
ثم ج ٣ ص ٣٦ وما بعدها طبعة سنة ١٣٤٧ هـ -
- ٤ - الجزء الأول من بداية المجتهد ص ١١٢ طبعة سنة
١٣٣٩ هـ -
- ٥ - الفقه على المذاهب الأربعة - قسم العبادات -
الطبعة الثانية « مبحث الوتر » -
- ٦ - الجزء الأول من أحكام القرآن للرازي -
- ٧ - النهاية في غريب الحديث والأثر - مادة قنت
ومادة لحق -

٨ - الجزء الأول من زاد المعاد -

٩ - بعض معجمات اللغة -

وقد رأينا الاكتفاء بهذا القدر - مما سبق ذكره من
البحوث المقارنة ، لقلّة الجهد وضيق الزمن : ولنا عودة ان
نسأل الله في الأجل ، وأعاننا على صالح العمل - نسأله - أن
يجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم ، كما نسأله العون والتوفيق
وصل - اللهم - على أفضل الخلق أجمعين ، محمد رسولك
الأمين ، وعلى آله وصحبه ، ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين
وسلم تسليما كثيرا •

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقسمة	٣
● ● المدخل الى الفقه المقارن	٧
١ - تقسيم القوانين والشرائع	٧
٢ - تعريف بأصول الشريعة وفروعها	٩
٣ - أسباب اختلاف العلماء فى الأحكام الشرعية	١٦
٤ - الفقه الاسلامى: كتبه ومؤلفاته ، واجبننا نحوه	٢٨
٥ - حكم الاجتهاد والتقليد - ذم العلماء والتقليد	٣٦
٦ - أصول القوانين - ومصادرها فى العصر الحديث	٤٦
٧ - التشريع الاسلامى ، والقانون المقارن	٤٨
٨ - الفقه المقارن	٥٠
مراجع البحوث السابقة	٥٥
● ● الفقه المقارن : موضوعات البحث	٥٧
الوصية	٥٨
تبرعات المريض مرض الموت عند الفقهاء وفى نظرس	
القانون المدنى	٦٧
مشروعية الوصية : دليلها - حكمتها	٧١
أركان الوصية	٧٣
● ● صيغة عقد الوصية	٩٩
(أ) شروط الوصية	١٠٦
(ب) شروط الموصى له	١٠٩
الأول : وقت اعتبار الموصى له وارثا	١٣٤
الثانى : جهة التملك عند الاجازة	١٣٦
الثالث : آراء الفقهاء فى الوصية للوارث	١٣٨
(ج) ما يشترط فى الموصى به	١٣٩
١ - وصية الصبى	١٦٤

١٦٧	٢ - الوصية للحمل بين الفقه والقانون
١٧٥	٣ - مبطلات الوصية
١٨٠	٤ - الرجوع عن الوصية
١٩١	٥ - الوصية للوارث
٢٠٧	حكم الوصية
٢١٣	حكم الوصية وأقسامها فى المذاهب الأربعة
٢٢٨	الوصية الواجبة فى القانون
٢٣٨	الوصية بالمنافع
٢٣٩	١ - المراد بالمنافع
٢٤١	٢ - هل المنافع تعتبر كالأعيان أم لا مثقومة ؟
٢٤٤	٣ - حكم الوصية بالمنافع من حيث جوازها أو عدم جوازها
٢٤٦	٤ - بم تقدر المنفعة الموصى بها ؟
٢٤٨	٥ - متى تنتهى الوصية بالمنفعة ، ومتى تسقط ؟
٢٥٠	٦ - بيع العين الموصى بمنفعتها
٢٥٥	٧ - طريق الانتفاع فى الوصية بالمنفعة
٢٦٠	٨ - بعض ما عرض له قانون الوصية
٢٧٩	مراجع الوصية
٢٨١	● ● بحثون فقهيه أخرى خاصة ببعض أحكام الموارث
٢٨٦	المسألة المشتركة
٣٠٣	أحكام الجدة الصحيح والأخوة عند اجتماعهم فى الميراث
٣٠٣	١ - مقدمة
٣٠٦	٢ - القائلون بالرأى الأول والقائلون بالرأى الثانى
٣٠٨	٣ - أدلة الفريق القائل بالحجب
٣١٠	٤ - أدلة الفريق القائل بتوريث الأخوة مع الجدة
٣١٢	٥ - المنتصرون لكل من الفريقين
٣١٩	٦ - طرائق التقسيم على الرأى الثانى
٣٣٣	٧ - حكم الجدة والأخوة فى قانون الموارث

٣٣٦	• • • • • العول
٣٤٥	• • • • • الرد
٣٦١	• • • • • مراجع بحوث الميراث
٣٦٣	• • • • • بحوث فقهية أخرى
٣٦٣	اختلاف الأئمة والفقهاء فى النكول عن اليمين ، وفى رد اليمين على المدعى
٣٧٣	• • • • • مراجع هذا البحث
٣٧٥	• • • • • اختلاف الأئمة والفقهاء فى القضاء
٣٧٦	• • • • • مراجع البحث
٣٨٣	• • • • • اختلاف الفقهاء فيما يثبت به الرضاع
٣٨٤	اختلافهم فى ارث المرأة اذا طلقها زوجها فى مرض موته
٣٨٥	• • • • • اختلاف الأئمة والفقهاء فى تفسير القروء
٣٨٨	• • • • • اختلافهم فى التفريق بالعيوب
٣٩٣	• • • • • اختلافهم فى قتل الجماعة بالواحد
٣٩٤	• • • • • اختلافهم فى قتل المسلم بالذمى
٣٩٥	• • • • • هل يقتل والد بولده ؟
٣٩٦	• • • • • اختلاف العلماء فى حد الخمر
٣٩٨	• • • • • القنوت عند الأئمة
٤٠٠	١ - حكم القنوت
٤٠١	٢ ، ٣ - فى أى صلاة شرع القنوت ؟ وأين محله منها ؟
٤٠٥	٤ - صيغة القنوت

مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٩١/٥٢١٠

ISBN — 977 — 01 — 2772 — 8

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DIVISION OF THE PHYSICAL SCIENCES
DEPARTMENT OF CHEMISTRY

RESEARCH REPORT
NO. 1000
JANUARY 1964
BY
J. H. GOLDSTEIN
AND
R. F. FIESHER

UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY